

DIE GEMEINDLICHE VERSORGUNGSKONZESSION IM KARTELLRECHT

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
SCHMIDT, Reinhold
aus Nürnberg



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die gemeindliche Versorgungskonzession
im Kartellrecht

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Reinhold Schmidt
aus Nürnberg

Erster Berichtstatter:

Professor Dr. Richard Bartlsperger

Amtierender Dekan:

Professor Dr. Helmut Lecheler

Tag der mündlichen Doktorprüfung:

13. Dezember 1985

GLIEDERUNG

Literaturverzeichnis

V - XXXII

Abkürzungsverzeichnis

XXXIII - XXXX

<u>Einleitung</u>	1
I. Die inhaltliche Ausgestaltung von Konzessionsverträgen	3
II. Gesetzliche Anknüpfungspunkte der Konzessionsverträge	8
1. Hauptteil: Die rechtsdogmatischen Grundlagen ===== der gemeindlichen Konzessionsverträge	11
A. <u>Sozialstaatlichkeit und Energieversorgung</u>	11
B. <u>Gemeindliches Selbstverwaltungsrecht und Energieversorgung</u>	17
I. Grundstrukturen der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie	17
II. Kommunale Selbstverwaltung und Aufgaben des eigenen Wirkungskreises	19
1. Die kommunale Selbstverwaltung im Spannungsfeld von staatlicher Einflußnahme und veränderter sozialer Wirklichkeit	19
2. Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	27
III. Gemeindliche Betätigung auf dem Gebiet der Energieversorgung als Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts	32
1. Energieversorgung als gemeinschaftsbezogene Angelegenheit	32
2. Energieversorgung als örtliche Angelegenheit	33
3. Kommunale Energieversorgungskompetenz und Gemeindewirtschaftsrecht	36
4. Ergebnis	39

C. <u>Das Straßenrecht als konzessionsvertraglicher Anknüpfungspunkt</u>	41
I. Die Widmung	42
1. Rechtsnatur der Widmung, Zuständigkeiten	42
2. Die rechtliche Position des Straßeneigentümers im Verhältnis zu den anderen an der Straße beteiligten Rechtsträgern	44
II. Der Gemeingebrauch	48
1. Der Gemeingebrauch als Folge der Widmung	48
2. Gemeingebrauch und Versorgungsleistungen	50
III. Das Recht der Sondernutzungen	52
1. Die Multifunktionalität der öffentlichen Straßen	52
2. Die verschiedenen Arten der Sondernutzung im geltenden Straßenrecht	53
3. Die dogmatischen Grundstrukturen der Sondernutzungstatbestände in den Straßengesetzen	56
4. Die öffentliche Straße als Verwaltungsleistung	61
IV. Die konzessionsvertragliche Einräumung eines straßenrechtlichen Benutzungstitels	68
D. <u>Die Rechtsnatur des gemeindlichen Konzessionsvertrags</u>	71
I. Die verschiedenen Betrachtungsweisen	71
1. Die privatrechtlichen Theorien	72
2. Der Konzessionsvertrag als gemischt-rechtlicher Vertrag	74
3. Die öffentlichrechtlichen Theorien	75

II. Der Konzessionsvertrag als Mittel der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe in der Form des Privatrechts	77
1. Die Rechtsform des Konzessionsvertrags	77
2. Die gemeindliche Indienstnahme Privater zur örtlichen Energieversorgung	84
E. <u>Zusammenfassung des ersten Hauptteils</u>	93
 <u>2. Hauptteil: Konzessionsverträge und Wettbewerbsrecht</u>	 95
A. <u>Entwicklung und Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der öffentlichen Versorgungswirtschaft</u>	95
I. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Verträge der öffentlichen Versorgungswirtschaft	95
1. Konzessions- und Demarkationsverträge als wettbewerbsbeschränkende Verträge	96
2. Die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenspiels von Konzessions- und Demarkationsverträgen	97
II. Die Verträge der öffentlichen Versorgungswirtschaft im Ordnungssystem des GWB	99
1. Die rechtliche Erfassung der versorgungswirtschaftlichen Verträge im Entwurf des GWB	99
2. Gesetzgeberische Initiativen und Stellungnahmen zum kartellrechtlichen Ausnahmereich für die leistungsgebundene Energieversorgung	103
III. Grundstrukturen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs für die öffentliche Energieversorgung	121
1. Die von der Freistellung des § 103 Abs. 1 GWB erfaßten Verträge	123
2. Die Rechtswirkungen der Freistellung nach § 103 Abs. 1 GWB	126

3. Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Verträge der öffentlichen Energieversorgung	130
4. Die Befristungsregelung des § 103 a GWB	133
 B. <u>Die konzessionsvertragliche Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften aus der Sicht des Wettbewerbsrechts</u>	136
I. Fragestellung und Grundlagen	136
1. Der Regelungsgehalt des § 103 Abs. 1 GWB in bezug auf die kartellrechtliche Qualifizierung der Konzessionsverträge	136
2. Konzessionsverträge im Licht der §§ 1, 18 GWB	139
II. Der Abschluß von Konzessionsverträgen als unternehmerische Tätigkeit im Sinn des GWB	142
1. Der Begriff des Unternehmens im Sinn des GWB in Literatur und Rechtsprechung	142
2. Die kartellrechtliche Einordnung der Konzessionsverträge in der Literatur	156
3. Die öffentliche Hand und das GWB - Die Leistungsverwaltung in kartellrechtlicher Sicht	167
4. Die Organisation der gemeindlichen Aufgabenerfüllung in ihren wettbewerbsrechtlichen Bezügen	195
5. Die Konzessionsverträge als Gestaltungsmittel gemeindlicher Leistungsverwaltung in kartellrechtlicher Sicht	205
6. Folgerungen für die Anwendbarkeit des GWB	224
 <u>Zusammenfassung</u>	229
 <u>Lebenslauf</u>	231

Literaturverzeichnis

- Altenmüller, Reinhard Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Kommunen, DVBl. 1982, S. 241 ff.
- Bachof, Otto Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats - Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, VVDStRL 12, S. 37 ff.
- Badura, Peter Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung, DÖV 1966, S. 624 ff.
- Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 ff.
- Das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat, 14. Band, S. 17 ff.
- Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, hrsgg. von Ingo v. Münch, Berlin, New York 1981, S. 3 ff.
- Ballerstedt, Kurt Aktuelle Fragen des Energierechts (Hrsg.) 1962, Düsseldorf 1962
- Bartlsperger, Richard Art. 90 GG (Zweitbearbeitung), in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.
- Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, Bonn - Bad Godesberg 1969
- Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, Hamburg 1970

- Bartlsperger, Richard Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1975
- Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: Bartlsperger, Richard/Blümel, Willi/Schroeter, Hans-Wolfgang (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 23 ff.
- Straßenhoheit und Energiewirtschaft, DVBl 1980, S. 249 ff.
- Rechtsgutachten zur Frage einer Ausschreibungspflicht von Gemeinden (Städten) beim Abschluß von Werbenutzungsverträgen vom 20.3.1981 (unveröffentlicht)
- Hoheitliche Sachherrschaft in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und bei der Telegraphenpflichtigkeit von Verkehrswegen, in: Zeidler, Wolfgang/Maunz, Theodor/Roellecke, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984, S. 81 ff.
- Bartlsperger, Richard/
Blümel, Willi/Schroeter,
Hans-Wolfgang (Hrsg.) Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht, 14. Auflage, München 1983
- Baur, Jürgen Widerspruchstatbestand für Demarkationsverträge und Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über Demarkations- und Konzessionsverträge, Frankfurt/M. 1975
- Baur, Jürgen F. Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, Hamburg 1981
- Bayerisches Staatsministerium des Innern Abschluß von Verträgen auf dem Gebiet der Energiewirtschaft durch Gemeinden und Gemeindeverbände. MB v. 15.7.1949 Nr. 3070 d 13, Bay BS VI Bd. 1, S. 111

- Bayerisches Staatsministerium des Innern Unentgeltliche Überlassung von gemeindlichem Grundbesitz. Entschl. v. 5.5.1952 Nr. I B 1 - 3021 gd 4, Bay BS VI Bd. 1, S. 273 f.
- Muster eines Straßenbenutzungsvertrages für Leitungen der öffentlichen Versorgung. Entschl. v. 5.8.1969 Nr. IV R 2 - 9091 a 52, MABl. 1969, S. 460 ff.
- Abschluß von Zustimmungs- und Elektrizitätsversorgungsverträgen (sog. Konzessionsverträgen) zwischen Gemeinden und Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Entschl. v. 7.4.1970 Nr. IV R 4/IV F 4 - 9309 a 3, MABl. 1970, S. 205 f.
- Stadt-Umland-Gutachten Bayern (Gutachten der Sachverständigenkommission zur Untersuchung des Stadt-Umland-Problems in Bayern), München 1974
- Bechtold, Rainer Das neue Kartellrecht, München 1981
- Beck, Eberhard Die rechtliche Bedeutung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ballerstedt, Kurt (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Energierechts 1962, Düsseldorf 1962, S. 61 ff.
- Beer, Rüdiger Robert/
Laux Eberhard Die Gemeinde, München - Wien, 2. Aufl. 1977
- Beißwanger, Gerhard Öffentliches und privates Recht bei den Sondernutzungen nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Diss. Erlangen 1970
- Bender, Ulrich Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung, Diss. Mainz 1962
- Berkenhoff, Hans Albert Deutscher Städte- und Gemeindebund, 2. Auflage, Düsseldorf 1975
- Bettermann, Karl August Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968

- Bettermann, Karl August Die Auswirkungen der Gebietsreform auf die Verträge der Kommunen mit Energieversorgungsunternehmen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
- Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 22.3.1976 (BGHZ 67, S. 81 ff.), DVBl 1977, S. 180 ff.
- Biedenkopf, Hans/
Kellmann, Christoph Die wege- und kartellrechtliche Problematik der Verlegung von Energieversorgungsleitungen für den Eigenbedarf (Rechtsgutachten) Essen 1970
- Blum, Arno Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
- Blümel, Willi Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, S. 171 ff.
- Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in: v. Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft - Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 265 ff.
- Börner, Bodo Rechtsfragen zu Artikel 90 EWGV, in: Börner, Bodo (Hrsg.), Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, Düsseldorf 1966, S. 124 ff.
- (Hrsg.) Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, Düsseldorf 1966
- (Hrsg.) Materialien zu §§ 103, 103 a GWB, 1. Auflage, Baden-Baden 1981
- Böttcher, Peter Rechtsprobleme bei Kreuzung öffentlicher Wege mit Energieversorgungsleitungen, Diss. München 1965
- Zur Systematik der wegerechtlichen Sondernutzung, DÖV 1969, S. 491 ff.
- Braun, Dieter Mustervertrag für die Mitbenutzung von Bundesfernstraßen durch Versorgungsleitungen, ET 1969, S. 89 ff.

- Brohm, Winfried Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssystem der Bundesrepublik Deutschland, DVBl 1984, S. 293 ff.
- Brunn, Johann
Heinrich v. Grundzüge des Kartellrechts, Berlin 1938
- Brügelmann, Hermann/
Ludwig, Wolfgang Kommunale Versorgungswirtschaft, in: Peters, Hans (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959, S. 655 ff.
- Brühl, Raimund Die Formel von den "institutionellen Gegebenheiten" zur Einschränkung des § 15 GWB, WRP 1983, S. 3 ff.
- Bückmann, Walter Verfassungsfragen bei den Reformen im örtlichen Bereich, Berlin 1972
- Büdenbender, Ulrich § 103 GWB, in: Tegethoff, Wilm/
Büdenbender, Ulrich/Klinger, Heinz,
Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Loseblatt
- Auswirkungen der 4. Kartellgesetznovelle auf die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, Der Landkreis 1980, S. 590 ff.
- Energierecht, Köln 1982
- Energiekartellrecht - Überblick über die Entwicklung 1982/1983, ET 1984, S. 529 ff.
- Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Kronberg 1977
- Bullinger, Martin Die Mineralölfernleitungen, Stuttgart 1962
- Bundeskartellamt Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1981/82 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drs. 10/243 (zit. Tätigkeitsbericht 1981/82 des Bundeskartellamts)

- Der Bundesminister für Verkehr Muster eines Straßenbenutzungsvertrages für Leitungen der öffentlichen Versorgung in Bundesfernstraßen. Schreiben vom 3.12.1968, BMV-StB 13-Lvme-75 Vms 68 an die obersten Straßenbaubehörden der Länder, VKBl 1969, S. 27 ff.
- Muster eines Rahmenvertrages zur Regelung der Mitbenutzungsverhältnisse zwischen Bundesfernstraßen und Leitungen der öffentlichen Versorgung. Schreiben vom 9.12.1974, BMV-StB 16/08.33.00-16012 an die obersten Straßenbaubehörden der Länder, VKBl 1975, S. 69 ff.
- Der Bundesminister für Wirtschaft Bericht zur Stromversorgung der Deutschen Wirtschaft vom 14.3.1969, BT-Drs. V/3978
- Bundesregierung Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 4.2.1975, BT-Drs. 7/3206
- Burmeister, Joachim Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977
- Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten, JA 1980, S. 17 ff.
- Verfassungsrechtliche Grundfragen der kommunalen Wirtschaftsbeteiligung, in: v. Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft - Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 623 ff.
- Caemmerer, Ernst v./
Friesenhahn, Ernst/
Lange, Richard (Hrsg.) Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960
- Callmann, Rudolf Das deutsche Kartellrecht, Kommentar, Berlin 1934

- | | |
|--|--|
| Depenbrock, Johannes | Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, München, Berlin 1961 |
| Deutsche Richterakademie (Hrsg.) | Kommunen, Bürger und Verwaltungsgerichte, Heidelberg 1984 |
| Deutscher Städtetag (Hrsg.) | Neuordnung der Verwaltung, Stuttgart, Köln 1975 |
| Duisberg, Carl-Heinz | Forschungssubventionen an Großunternehmen, Bielefeld 1983 |
| Ebel, Hans-Rudolf | Kartellrecht. GWB und EWG-Vertrag, Loseblatt |
| Eger, Otto | Das Recht der deutschen Kartelle, Berlin 1932 |
| Ehlers, Dirk | Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl 1983, S. 422 ff. |
| - | Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984 |
| Eiser, Ernst/Riederer, Johann/Obernolte, Wolfgang/Danner, Wolfgang | Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, Loseblatt |
| Emmerich, Volker | Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Tübingen 1969 |
| - | Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969 |
| - | Energierightskompetenz des Bundesgesetzgebers, BB 1972, S. 457 ff. |
| - | Überlegungen zur Reform des Konzessionsabgabenwesens, BB 1973, S. 1269 ff. |
| - | Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 28.11.1973 (NJW 1974, S. 802 ff.), JuS 1974, S. 528 |
| - | Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 22.3.1976 (BGHZ 66, S. 229 ff.), JuS 1976, S. 751 f. |

- Emmerich, Volker Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, AG 1976, S. 225 ff.
- Die leitungsgebundene Energiewirtschaft als wettbewerbsrechtliches und wettbewerbspolitisches Problem, ZfE 1977, S. 47 ff.
- Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Energieversorgung, in: Emmerich, Volker/Lukes, Rudolf (Hrsg.), Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, 1. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1977, S. 45 ff.
- Ist der kartellrechtliche Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Versorgungswirtschaft wettbewerbspolitisch gerechtfertigt?, Hannover 1978
- § 98 Abs. 1 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), GWB - Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981
- Deutsche Energiepolitik in den letzten 25 Jahren, JZ 1982, S. 496 ff.
- Kartellrecht, 4. Auflage, München 1982
- Emmerich, Volker/
Lukes, Rudolf (Hrsg.) Perspektiven der Energiewirtschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, 1. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Erichsen, Hans-Uwe/
Martens, Wolfgang (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Berlin, New York 1983
- Erichsen, Hans-Uwe/
Martens, Wolfgang Das Verwaltungshandeln, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Berlin, New York 1983, S. 129 ff.

- Evers, Hans-Ulrich Das Recht der Energieversorgung,
2. Auflage, Baden-Baden 1983
- Eyermann, Erich/
Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kom-
mentar, 8. Auflage, München 1980
- Falck v. Anmerkung zum Urteil des BGH vom
12.2.1965 (GRUR 1965, S. 373 ff.),
GRUR 1965, S. 375 f.
- Feuerborn, Alfred Der kartellrechtliche Freistellungs-
bereich für Elektrizitätsversor-
gungsunternehmen und deren Kontrol-
le, Diss. Münster 1983
- Fickert, Hans Carl Aktuelle Fragen des Straßenrechts
in Rechtspraxis und höchstrichter-
licher Rechtsprechung, Köln 1980
- Fischer, Curt Eduard Die Geschichte der deutschen Ver-
suche zur Lösung des Kartell- und
Monopolproblems, ZfgS 110 (1954),
S. 425 ff.
- Fischerhof, Hans Öffentliche Versorgung mit Wasser,
Gas, Elektrizität und öffentliche
Verwaltung, DÖV 1957, S. 305 ff.
- Rechtsfragen der Energiewirtschaft,
Bd. II, Gräefeling/München 1966
- Forschungsinstitut für Der Staat als Wettbewerber und
Wirtschaftsverfassung Auftraggeber privater Unterneh-
und Wettbewerb e.V. men (FIW-Schriftenreihe, Heft 108)
Köln (Hrsg.) Köln, Berlin, Bonn, München 1984
- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger,
Stuttgart, Berlin 1938
- Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaats, VVDStRL 12, S. 81 ff.
- Rechtsfragen der leistenden Verwal-
tung, Stuttgart 1959
- Der Staat als Auftraggeber,
Stuttgart 1963
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Auf-
lage, München 1973

- Frentzel, Gerhard Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Tübingen 1961
- Friauf, Karl Heinrich Anmerkung zu den Urteilen des BVerwG vom 30.8.1968 (DVBl 1969, S. 365 ff.) und vom 25.10.1968 (DVBl 1969, S. 367 f.), DVBl 1969, S. 368 ff.
- Fricken, Udo v. Gebietsschutz und Energiewirtschaftspolitik in der öffentlichen Versorgung der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Köln 1969
- Friesenhahn, Ernst Grundgesetz und Energiewirtschaft, EltW 1957, S. 12 ff.
- Fröhler, Ludwig Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für ein Verbot des Werbefernsehens durch die öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt/M., Berlin 1963
- Werbefernsehen und Pressefreiheit, Frankfurt/M., Berlin 1965
- Gamm, Otto-Friedrich
Frhr. v. Verfassungs- und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Wettbewerbs der öffentlichen Hand, WRP 1984, S. 303 ff.
- Gandenberger, Otto Was ist ein Unternehmen?, Heidelberg 1963
- Goldbaum, Wenzel Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Auflage, Berlin 1926
- Graf, Gerd Gedanken zum Thema "Kreisentwicklungsplanung", in: Deutscher Städte- tag (Hrsg.), Neuordnung der Verwaltung, Stuttgart, Köln 1975
- Grimmer, Klaus Die kartellrechtliche Aufsicht nach §§ 103, 104 GWB bei mißbräuchlich überhöhten Strompreisen in der Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1980
- Gröner, Helmut Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1975

- Grupp, Klaus Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz, ZHR 140 (1976), S. 367 ff.
- Häberle, Peter Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, S. 43 ff.
- Hardinghaus, Herbert Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachverwaltung, Berlin 1966
- Haußmann, Fritz/
Hollaender, Adolf Die Kartellverordnung, München, Berlin, Leipzig 1925
- Haverkate, Görg Rechtsfragen des Leistungsstaats, Tübingen 1983
- Hedrich, Bernd Die Verträge zwischen den Gemeinden (Gemeindeverbänden, Kreisen) und den Elektrizitätsgesellschaften über Stromversorgung, Diss. Heidelberg 1976
- Hengst, Peter Gemeindliche Konzessionsverträge im Wechsel der Straßenbaulast, Der Landkreis, 1972, S. 199 ff.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage, Heidelberg 1984
- Hidien, Jürgen Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und "öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Berlin 1981
- Zur rechtlichen Zulässigkeit wirtschaftlicher Nebentätigkeiten kommunaler Einrichtungen, GewArch 1983, S. 177 ff.
- Hillermeier, Heinz Die Rechtsbeziehungen zwischen Straßenbaulastträgern und Versorgungsunternehmen, Kommunalpraxis 1981, S. 199 f.
- Hinkel, Reinhard Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung, NVwZ 1985, S. 225 ff.

- Hitzler, Gerhard Kartellrechtsweg gegen berufsrechtliche Maßnahmen einer Landesapothekenkammer - Zum Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 7. Dezember 1981, GRUR 1982, S. 474
- Hofmann, Jochen Abfallbeseitigung und kommunale Selbstverwaltung, BayVB1 1984, S. 289 ff.
- Hootz, Christian § 103 GWB, in: Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1972 ff.
- Hoppe, Werner Erdgasversorgung durch gemeindliche Unternehmen, DVBl 1965, S. 581 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen 1953
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 200 ff.
- Hubmann, Heinrich Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Wirtschaft und Verwaltung 1982, S. 41 ff.
- Hufnagel, Robert Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung, Diss. Erlangen 1980
- Immenga, Ulrich Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten, Tübingen 1967
- Kartellaufsicht und Fachaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung, in: Emmerich, Volker/Lukes, Rudolf, Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, 1. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1977, S. 3 ff.
- § 1 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), GWR - Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981

- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.) GWB - Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981
- Ipsen, Hans Peter Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10, S. 74 ff.
- Isay, Rudolf Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955
- Isay, Rudolf/
Tschiersky, S. Kartellverordnung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
- Jacobi, Werner Elektrizitätsversorgung - eine kommunale Aufgabe, Der Städtetag 1967, S. 41 ff.
- Jüttner-Kramny, Lioba Die wirtschaftliche Betätigung des Staates - Der Staat als Wettbewerber und Auftraggeber privater Unternehmen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Der Staat als Wettbewerber und Auftraggeber privater Unternehmen, Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 79 ff. (zit.: Jüttner-Kramny, in: FIW-Schriftenreihe Heft 108)
- Karst, Peter Die kartellrechtliche Sonderstellung der Energieversorgungsunternehmen und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Diss. Mannheim 1971
- Kimminich, Otto Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die örtliche Energieversorgung, Köln 1974
- Der Schutz kommunaler Unternehmen gegen konfiskatorische Eingriffe, Köln, Berlin, Bonn, München 1982
- Kirchhof, Paul Der Leistungswettbewerb unter Einsatz der Beitragshoheit, DVBl 1982, S. 933 ff.
- Klaue, Siegfried § 103 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), GWB - Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981

- Klein, Hans H. Die Teilnahme des Staats am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- Knack, Hans Joachim (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1981
- Knemeyer, Franz-Ludwig Dezentralisation als Mittel vertikaler Gewaltenteilung überholt?, DVBl 1976, S. 380 ff.
- Wirtschaftsförderung als kommunale Aufgabe, in: Oberndorfer, Peter/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980, S. 493 ff.
- Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise, in: v. Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Heidelberg 1983, S. 209 ff.
- Bayerisches Kommunalrecht, 5. Auflage, München 1984
- Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat, DVBl 1984, S. 23 ff.
- Kodal, Kurt Der "gesteigerte Gemeindegebrauch" in den neuen Straßengesetzen, DÖV 1960, S. 444 ff.
- Kodal, Kurt/Krämer, Helmut (Hrsg.) Straßenrecht, 4. Auflage, München 1985
- Köhler, Karl-Heinz v. Zur Abgrenzung des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DVBl 1961, S. 605 ff.
- Behördenkonkurrenz im Kartellrecht, DVBl 1964, S. 214 ff.
- Koepffel, Peter F. Typische Verträge der Energiewirtschaft in kartellrechtlicher Betrachtung, Diss. Köln 1959

- Köttgen, Arnold Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: v. Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960, S. 577 ff.
- Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961
- Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.) Entwicklung ländlicher Räume, Bonn 1974
- Kopp, Ferdinand Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Auflage, München 1984
- Krömer, Hartmut Energierechtliche Probleme bei der Beendigung von Konzessionsverträgen, Diss. Köln 1974
- Kulartz, Hans-Peter Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, Baden-Baden, 1982
- Kunert, Franz-Joseph Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, Berlin 1977
- Langen, Eugen/Niederleithinger, Ernst/Ritter, Lennart/Schmidt, Ulrich Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1982
- Langer, Lutz Der Begriff Unternehmen im GWB, Diss. Berlin 1978
- Lehnich, Oswald Kartelle und Staat, Berlin 1928
- Lehnich, Oswald/Fischer, Norbert Das deutsche Kartellgesetz, Berlin 1924
- Leisner, Walter Berufsordnungsrecht und Werbeverbote, München 1984
- Löhr, Rolf-Peter Zum Ermessen bei Erlaubnis oder Versagung einer Sondernutzung, NVwZ 1983, S. 20 ff.

- Loschelder, Wolfgang Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietsgestaltung, Berlin 1976
- Ludwig, Wolfgang/Cordt, Adolf/Stech, Jürgen/Odenthal, Hans Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Loseblatt
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, München, Berlin 1959
- Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie, Frankfurt/M. 1973
- Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie, ET 1974, S. 347 ff.
- Macher, Ludwig Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens, Berlin 1971
- Malzer, Georg Die Auswirkungen des Kartellgesetzes auf Energieversorgungsverträge, in: VIK (Hrsg.), Beiträge zum Energierecht (zusammengestellt von Dr. jur. G. Malzer), Essen 1959, S. 269 ff.
- Die Benutzung öffentlicher Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Eigenanlagen in kartellrechtlicher Sicht, WuW 1962, S. 252 ff.
- EWG-Kartellrecht und Energieversorgung, WuW 1963, S. 203 ff.
- Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, Essen 1966
- Das Recht der Benutzung öffentlicher Wege zur Leitungsverlegung, ET 1974, S. 345 f.
- Marschall, Ernst A. Die Benutzung von Bundesfernstraßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung, in: Börner, Bodo (Hrsg.), Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, Düsseldorf 1966, S. 1 ff.

- Marschall, Ernst A./
Schroeter, Wolfgang H./
Kastner, Fritz Bundesfernstraßengesetz, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Masson, Christoph/
Samper, Rudolf Bayerische Kommunalgesetze-Kommentar, Loseblatt
- Maunz, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin und Leipzig 1933
- Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch 50 (1959), S. 315 ff.
- Deutsches Staatsrecht, 23. Auflage, München 1980
- Maunz, Theodor/
Zippelius, Reinhold Deutsches Staatsrecht, 26. Auflage, München 1985
- Maunz, Theodor/Dürig,
Günther/Herzog, Roman/
Scholz, Rupert Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, 2. Auflage, München und Leipzig 1917
- Menger, Christian-Friedrich Zur Frage des Rechtswegs bei Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Privaten und öffentlicher Hand, VerwArch 68 (1977), S. 293 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln im Wettbewerbsrecht, NJW 1969, S. 1 ff.
- Meyer, Hans/Borgs-Maciejewski, Hermann Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1982
- Möschel, Wernhard Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
- Mombaur, Peter Michael Daseinsvorsorge in Gemeinden und Kreisen, in: v. Mutius, Albert (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft - Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, Heidelberg 1983, S. 503 ff.

- Müllensiefen, Heinz/
Dörinkel, Wolfram Kartellrecht, 3. Auflage, Berlin
1938
- Müller-Henneberg, Hans Die Anwendung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen auf die
öffentliche Hand, NJW 1971, S.
113 ff.
- §§ 1, 98 Abs. 1 GWB, in: Müller-
Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav,
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Europäisches Kartell-
recht (Gemeinschaftskommentar),
3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 1972 ff.
- Müller-Henneberg, Hans/
Schwartz, Gustav Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Europäisches Kartell-
recht (Gemeinschaftskommentar),
3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 1972 ff.
- Münch, Ingo v. (Hrsg.) Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht,
Festschrift für Jürgen Schlochauer
zum 75. Geburtstag, Berlin, New York
1981
- Grundgesetz-Kommentar, Band 1,
3. Auflage, München 1985
- Mutius, Albert v. Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu
empfehlen, um den notwendigen Hand-
lungs- und Entfaltungsspielraum der
kommunalen Selbstverwaltung zu ge-
währleisten? - Gutachten E für den
53. Deutschen Juristentag, in: Ver-
handlungen des dreiundfünfzigsten
Deutschen Juristentags, Bd. I
(hrsgg. von der ständigen Deputation
des Deutschen Juristentags), München
1980
- (Hrsg.) Selbstverwaltung im Staat der Indu-
striegesellschaft - Festgabe zum
70. Geburtstag von Georg Christoph
von Unruh, Heidelberg 1983
- Örtliche Aufgabenerfüllung, in:
v. Mutius, Albert (Hrsg.), Selbst-
verwaltung im Staat der Industrieges-
ellschaft, Festgabe zum 70. Ge-
burtstag von Georg Christoph von
Unruh, Heidelberg 1983, S. 227 ff.

- Nesselmüller, Günther Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, Siegburg 1977
- Niederleithinger, Ernst Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Köln 1967
- Sondernutzungen an öffentlichen Straßen für Versorgungsleitungen, BayVBl 1969, S. 119 ff.
- Die Aufsichtspraxis der Kartellbehörden gegenüber öffentlichen Unternehmen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Der Staat als Wettbewerber und Auftraggeber privater Unternehmen, Köln, Berlin, Bonn, München 1984, S. 41 ff. (zit.: Niederleithinger, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 108)
- Niemeier, Hans Bund und Gemeinden, Berlin 1972
- Obermayer, Klaus Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Neuwied und Darmstadt 1983
- Oberndorfer, Peter/
Schambeck, Herbert
(Hrsg.) Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft. Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980
- Ossenbühl, Fritz Daseinsvorsorge und Verwaltungspri-
vatrecht, DÖV 1971, S. 513 ff.
- Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl 1974, S. 541 ff.
- Pagenkopf, Hans Kommunalrecht, Bd. 2, Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1975
- Papier, Hans-Jürgen Recht der öffentlichen Sachen, 2. Auflage, Berlin, New York 1984

- Pappermann, Ernst Zur Problematik der Kreisentwicklungsproblematik, DÖV 1973, S. 505 ff.
- Verwaltungsverbund im kreisangehörigen Raum, DÖV 1975, S. 181 ff.
- Verfassungsrechtliche Grundlagen der Funktionalreform im kommunalen Bereich, SKV 1976, S. 2 ff.
- Nochmals: Zur Auslegung des Art. 28 I 2, II Grundgesetz, SKV 1976, S. 134 ff.
- Abschließend: Zur Bedeutung des Art. 28 GG für die Aufgabenverteilung zwischen Selbstverwaltungskörperschaften, SKV 1976, S. 336 f.
- Maßstäbe für die Funktionalreform im Kreis, Der Landkreis 1976, S. 295 ff.
- Zur Einengung der kommunalen Selbstverwaltung durch staatliche Bürokratie, DVBl 1981, S. 1040 ff.
- Bürokratische Beeinträchtigungen der kommunalen Selbstverwaltung: Regelungperfektionismus und Zweckzuweisungssystem, in: Deutsche Richterakademie (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Verwaltungsgerichte, Heidelberg 1984, S. 13 ff.
- Pappermann, Ernst/
Roters, Wolfgang/
Vesper, Emil Maßstäbe für die Funktionalreform im Kreis, Köln 1976
- Passow, Richard Kartelle, Jena 1930
- Pietzcker, Jost Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978
- Peters, Hans (Hrsg.) Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959

- Pinger, Winfried Der Rechtsweg bei Wettbewerbsverstößen der öffentlichen Hand, GRUR 1973, S. 456 ff.
- Püttner, Günter Unlauterer Wettbewerb der öffentlichen Hand, GRUR 1964, S. 359 ff.
- Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969
- Die Grenzen der Energierechtskompetenz des Bundesgesetzgebers, BB 1971, S. 881 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.4.1974 (DÖV 1974, S. 785 ff.), DÖV 1974, S. 787 f.
- Die Einwirkungspflicht - Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform, DVBl 1975, S. 353 ff.
- Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte beim BayObLG vom 28.11.1974 (DÖV 1975, S. 394 ff.), DÖV 1975, S. 396 ff.
- Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 22.3.1976 (BGHZ 66, S. 229 ff.), DÖV 1976, S. 635 f.
- Verselbständigung von Organisationseinheiten mit Betriebscharakter in Privatrechtsform, in: Wagener, Frido (Hrsg.), Verselbständigung von Verwaltungsträgern, Bonn 1976, S. 125 ff.
- Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen, ZöGU 1980, S. 27 ff.
- Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich, JA 1980, S. 218 ff.
- (Hrsg.) Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1981 ff.

- Quack, Klaus Die Beendigung von Strom-Konzessionsverträgen, AÖR 91 (1966), S. 355 ff.
- Redeker, Konrad/
v. Oertzen, Hans-
Joachim Verwaltungsgerichtsordnungs-Kommentar, 7. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1981
- Reimer, Dietrich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.10.1963 (GRUR 1964, S. 210 ff.), GRUR 1964, S. 213 f.
- Reusch, Hans-Christoph Gemeindliche Rechtspflichten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, Diss. Bonn 1970
- Roters, Wolfgang Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Köln 1975
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Salzwedel, Jürgen Gemeingebrauch im Wegerecht und Wasserrecht, ZfW 1962, S. 73 ff.
- Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DÖV 1963, S. 241 ff.
- Wege- und Verkehrsrecht, in: v. Münch, Ingo (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Berlin, New York 1985, S. 615 ff.
- Schack, Friedrich Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuen Recht, VerwArch 54 (1963), S. 43 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 29.3.1968 (DVBl 1969, S. 312 ff.), DVBl 1969, S. 314 f.
- Scheuner, Ulrich Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat - Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staats-tätigkeit, DÖV 1971, S. 505 ff.

- Scheuner, Ulrich Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, AfK 1973, S. 1 ff.
- Grundbegriffe der Selbstverwaltung, in: Püttner, Günter (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1981, S. 7 ff.
- Scheuten, G. H. Das europäische Kartellrecht, ET 1962, S. 123 ff.
- Schick, Walter Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, S. 931 ff.
- Schimmelpfeng, Ruth Wettbewerb und Sozialversicherung, NJW 1977, S. 1093 f.
- Schleberger, Erwin Die Funktion der Kreise nach der kommunalen Gebietsreform, in: Deutscher Städtetag (Hrsg.), Neuordnung der Verwaltung, Stuttgart, Köln 1975
- Schmidt, Ingo Die öffentliche Hand als Unternehmen im Sinn des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1963, S. 1404 ff.
- Schmidt, Karl-Heinz Leitsätze der Rechtsprechung des Kartellgerichts, München und Berlin 1934
- Schmidt, Walter Der Ermessensrahmen bei der Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, NVwZ 1985, S. 167 ff.
- Schmidt, Ulrich/Huth, Klaus Dieter Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand in materiell- und verfahrensrechtlicher Sicht, BB 1964, S. 1106 ff.
- Schmidt-Jortzig, Edzard Die Selbstverwaltungsbereiche von Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden nach der Verfassung, DÖV 1984, S. 821 ff.
- Schmidt-Tophoff, Alfons Reklame an, auf und über öffentlichen Straßen und Plätzen, DVBl 1970, S. 17 ff.

- Schnapp, Friedrich E. Zuständigkeitsverteilung zwischen Kreis und kreisangehöriger Gemeinde, Frankfurt/M. 1973
- Schmude, Jürgen Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Bonn 1968
- Scholz, Rupert Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967
- Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 30.8.1968 (NJW 1969, S. 522 ff.), NJW 1969, S. 1044 f.
- Wettbewerb der öffentlichen Hand - Sanktions- und Rechtswegprobleme zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, NJW 1974, S. 781 ff.
- Neue Entwicklungen im Gemeindewirtschaftsrecht - Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, S. 441 ff.
- Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, Berlin 1977
- Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen Hoheitsträger: Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?, NJW 1978, S. 16 ff.
- Schröder, Hans-Hermann Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 4.8.1983 (DÖV 1984, S. 164 ff.), DÖV 1984, S. 550 ff.
- Schricker, Helmut Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, München, Köln, Berlin 1964
- Schumacher, Hermann Die Bedeutung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft, in: Ballerstedt, Kurt (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Energierechts 1962, Düsseldorf 1962, S. 26 ff.

- | | |
|---|--|
| Schwarz, Theo | Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1969 |
| Selmer, Peter | Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 30.8.1968 (NJW 1969, S. 522 ff.), NJW 1969, S. 1266 f. |
| Semler, Franz-Jörg | Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. München 1968 |
| Siedentopf, Heinrich | Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Stuttgart 1963 |
| Sieder, Frank/Zeitler, Herbert/Kreuzer, Konrad/Zech, Jochen | Bayerisches Straßen- und Wegegesetz. Kommentar (Loseblatt), 3. Auflage, München 1983 ff. |
| Spanner, Hans | Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, Bielefeld 1958 |
| Stahl, Klaus | Kartellrecht, in: Eiser, Ernst/Riederer, Johann/Oberholte, Wolfgang/Danner, Wolfgang, Energierechtsrecht, Kommentar, Loseblatt |
| Stein, Ekkehart | Staatsrecht, 9. Auflage, Tübingen 1984 |
| Stelkens, Paul/Bonk, Hans-Joachim/Leonhardt, Klaus | Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, München 1983 |
| Stern, Klaus | Art. 28 GG (Zweitbearbeitung), in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz |
| - | Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, AöR Bd. 84 (1959), S. 137 ff., S. 273 ff. |
| - | Die öffentliche Sache, VVDStRL 21, S. 183 ff. |
| - | Der rechtliche Standort der Gemeindegewirtschaft, AfK 1964, S. 81 ff. |

- Stern, Klaus Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, Berlin, Frankfurt/M. 1966
- Kommunalwirtschaft und Verfassungsrecht, Köln 1970
- Zur Lage der kommunalen Selbstverwaltung, in: Oberndorfer, Peter/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980, S. 473 ff.
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Auflage, München 1984
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980
- Stern, Klaus/
Burmeister, Joachim Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972
- Stern, Klaus/
Püttner, Günter Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965
- Stober, Rolf Rein gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand und Verfassung, ZHR 145 (1981), S. 565 ff.
- Studenkowski, Wolfgang Das Mitbenutzungsverhältnis zwischen Straßen und Leitungen der öffentlichen Energieversorgung, RdE 1980, S. 98 ff., 114 ff., 142 ff.
- Suhr, Dieter Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Der Staat, 9. Band, S. 67 ff.
- Tegethoff, Wilm/Büdenbender, Ulrich/Klinger, Heinz Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. 1, Loseblatt
- Thiemeyer, Theo (Hrsg.) Öffentliche Bindung von Unternehmen, Baden-Baden 1983

- Ullrich, Konrad Die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden - zur Auslegung des Art. 28 II Grundgesetz, SKV 1976, S. 130 ff.
- Nochmals: Art. 28 GG und Aufgabenverteilung zwischen Selbstverwaltungskörperschaften, SKV 1976, S. 334 ff.
- Ulmer, Peter Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen, ZHR 146 (1982), S. 466 ff.
- Programminformationen der Rundfunkanstalten in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Berlin 1983
- Unruh, Georg-Christoph v. Wodurch unterscheiden sich kommunale von staatlichen Angelegenheiten?, DÖV 1977, S. 467 ff.
- VIK (Hrsg.) Beiträge zum Energierecht, zusammengestellt von Dr. jur. G. Malzer, Essen 1959
- VKU (Hrsg.) Erklärungen zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Köln 1978
- Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959
- Volkmar, Harald Grundzüge des Sondernutzungsrechts nach den geltenden Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder, Diss. Münster 1966
- Vollmar, Steffen Rechtsweg und Maßstab für Klagen gegen die öffentliche Hand wegen Wettbewerbsverstößen, Diss. Heidelberg 1978
- Wagener, Frido (Hrsg.) Verselbständigung von Verwaltungsträgern, Bonn 1976
- Zur Zukunft des Foederalismus und der kommunalen Selbstverwaltung, Der Landkreis 1981, S. 105 ff.

- Wagener, Frido Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 4.8.1983 (DÖV 1984, S. 164 ff.), DÖV 1984, S. 168 ff.
- Weber, Werner Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Auflage, Göttingen 1967
- Weber, Wolf Selbstverwaltung und Demokratie in den Gemeinden nach der Gebietsreform, Siegburg 1982
- Wiese, Rolf Die großen kreisangehörigen Städte in der Funktionalreform, in: Deutscher Städtetag (Hrsg.), Neuordnung der Verwaltung, Stuttgart, Köln 1975, S. 79 ff.
- Wolff, Hans J. Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, AfK 1963, S. 147 ff.
- Wolff, Hans. J./
Bachof, Otto Verwaltungsrecht, Bd. I, 9. Auflage, München 1974
- Wolff, Reinhold Die Kartellnotverordnung mit Ausführungsverordnung, Berlin 1930
- Zacher, Manfred Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, Frankfurt/M., Bern 1982
- Zeidler, Wolfgang/
Maunz, Theodor/
Roellecke, Gerd (Hrsg.) Festschrift für Hans Joachim Faller, München 1984
- Zeiß, Friedrich Die öffentliche Bindung der Gemeindevirtschaft, in: Thiemeyer, Theo (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen, Baden-Baden 1983
- Ziegler, Jürgen Das Eigentum am "Straßenwerk" sowie zur Sondernutzung und sonstigen Benutzung, DVBl 1976, S. 89 ff.
- Zippelius, Reinhold Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, DÖV 1958, S. 838 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 28.4.1980 (DÖV 1980, S. 728 f.), DÖV 1980, S. 923 f.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	Die Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
Bay., Bayer.	bayerisch
BayBS VI	Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staatsministeriums des Innern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluß
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 1.10.1974 (BGBl. I, S. 2413), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.6.1980 (BGBl. I, S. 649)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl., S. 195), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1982 (BGBl. I, S. 1912)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bln	Berlin
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Brem	Bremen (bremisch)
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht in der Fassung vom 3.2.1971 (BGBl. I, S. 105) zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.1983 (BGBl. I, S. 1532)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg (baden-württembergisch)
bzw.	beziehungsweise
d.	der, die, das, des
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935 (RGBl. I, S. 49)

d.h.	das heißt
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18.8.1896 (RGB1. S. 604), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.7.1976 (BGB1. I, S. 1749)
Einl.	Einleitung
EltW	Die Elektrizitätswirtschaft
Entschl.	EntschlieÙung
EnwG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13.12.1935 (RGB1. I, S. 1451), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1977 (BGB1. I, S. 2750)
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
FN	Fußnote

GBl.	Gesetzblatt
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBI. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.1983 (BGBI. I, S. 1481)
GO	Gemeindeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 24.9.1980 (BGBI. I, S. 1761), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.3.1983 (BGBI. I, S. 377)
H.	Heft
Halbs.	Halbsatz
Hbg	Hamburg (hamburgisch)
Hess	Hessen (hessisch)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg., hrsgg.	Herausgeber, herausgegeben
i.	in, im
i.d.F.v.	in der Fassung vom
insbes.	insbesondere
iSv	im Sinne von
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

KAE	Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4.3.1941 (RAnz 57, 120), zuletzt geändert durch Verordnung vom 7.3.1975 (BAnz 49)
Kap.	Kapitel
KartVO	Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (RGBl. I, S. 1067)
KRT	Kartellreferententagung
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz
LG	Landgericht
LT	Landtag
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
MABl.	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBlRfPR	Mitteilungsblatt des Reichskommissars für Preisbildung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds	Niedersachsen (niedersächsisch)
n.F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen (nordrhein-westfälisch)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

XXXVIII

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAnz	Deutscher Reichsanzeiger
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft
Rdnr.(n)	Randnummer(n)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf	Rheinland-Pfalz (rheinland-pfälzisch)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, siehe
Saarl	Saarland (saarländisch)
SH	Schleswig-Holstein (schleswig-holsteinisch)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
StRegG	Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 26.3.1943 (RGBl. I, S. 1801)
StrG	Straßengesetz
StrWG	Straßen- und Wegegesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz in der Fassung vom 19.12.1952 (BGBl. I, S. 837), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.12.1982 (BGBl. I, S. 2090)
StVO	Straßenverkehrsordnung - StVO - vom 16.11.1970 (BGBl. I, S. 1565), zuletzt geändert durch Verordnung vom 6.7.1984 (BGBl. I, S. 889)

XXXIX

StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung - StVZO - in der Fassung vom 15.11.1974 (BGBl. I, S. 3193), zuletzt geändert durch Verordnung vom 20.12.1984 (BGBl. I, S. 1684)
Tz.	Textziffer
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (RGBl. S. 499), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.3.1975 (BGBl. I, S. 685)
v.	vom, von
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung
vgl.	vergleiche
VIK	Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft
VKBl.	Verkehrsblatt
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen e.V.
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21.1.1960 (BGBl. I, S. 17), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1982 (BGBl. I, S. 1834)
WG	Wegegesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

XXXX

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
Zögu	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

Einleitung

"Der moderne Mensch ist nicht mehr im Besitze der elementarsten Lebensgüter, ohne die sein physisches Dasein auch nicht einen Tag denkbar ist: er verfügt nicht über das Wasser, um nur ein Beispiel zu nennen, wie der Landbewohner, der aus seinem Brunnen schöpft, sondern er ist auf eine öffentliche Wasserversorgung angewiesen ..., auf deren Funktionieren er sich verlassen muß. Man braucht sich nur die Gegebenheiten einer städtischen Lebensweise zu vergegenwärtigen, um den hohen Grad der Vorsorgebedürftigkeit des heutigen Stadtmenschen zu erkennen." Diese von Forsthoff¹ bereits im Jahre 1938 getroffene Feststellung beansprucht auch heute noch in vollem Umfang Gültigkeit. Mehr noch, der "beherrschte Lebensraum"² des Individuums ist im Zuge der fortgeschrittenen Technisierung und Industrialisierung der modernen Massengesellschaft noch kleiner geworden, seine Abhängigkeit von daseinsvorsorgerischen Leistungen innerhalb seines "effektiven Lebensraums"³ im selben Ausmaß größer. So ist heutzutage nicht nur der "Stadtmensch" angewiesen auf eine öffentliche Wasserversorgung, auch die Zeiten, in denen der Landbewohner aus seinem Brunnen schöpfte, dürften unwiederbringlich vorbei sein. Die Abhängigkeit der Mitglieder einer Massengesellschaft heutiger Prägung erstreckt sich

1) Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7.

2) Zu diesem Begriff vgl. Forsthoff, a.a.O. (FN 1), S. 4 f.

3) Zu diesem Begriff vgl. Forsthoff, a.a.O. (FN 1), S. 4 f.

nicht nur auf die Versorgung mit Wasser, sondern, worauf schon Forsthoff hingewiesen hat, auch auf diejenige mit Energie im weitesten Sinne. Die kontinuierliche, gesicherte Versorgung der Bevölkerung und Industrie mit Energie stellt heutzutage eine absolute Lebensnotwendigkeit dar. Ohne sie würde schlagartig jede Wirtschaftstätigkeit zusammenbrechen, auch die Privathaushalte wären nicht mehr lebensfähig⁴. Die Gemeinden haben bereits frühzeitig die Notwendigkeit und Bedeutung einer ständigen, gesicherten Energieversorgung erkannt und sich dementsprechend schon seit den Anfängen einer Strom- und Gaserzeugung größeren Stils auf diesem Sektor maßgeblich beteiligt.

Für die Betätigung der Gemeinden auf diesem Gebiet stehen grundsätzlich mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, die alle auch praktiziert werden⁵. In Frage kommen insbesondere öffentlichrechtliche oder privatrechtlich organisierte Eigenunternehmen der Gemeinden oder Energieversorgungsunternehmen, an denen die Gemeinde eine Beteiligung hält. Diese Unternehmen sind gleichermaßen für Erzeugung und Verteilung von Energie geeignet. Will sich eine Gemeinde auf die Verteilung von Energie beschränken, so kann sie dies über eines der geschilderten Unternehmen vornehmen. Abgesehen von der Errichtung eines eigenen Versorgungsunternehmens oder der Beteiligung an einem solchen Unternehmen steht den Gemeinden für die Verteilung von Strom und Gas auf die Letztverbraucher innerhalb

4) Zur Bedeutung der öffentlichen Energieversorgung s. BVerfGE 30, S. 292 ff. - S. 323 f.

5) Vgl. dazu Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 58.

des Gemeindegebiets noch eine andere Möglichkeit offen. Diese besteht in der Übertragung der Aufgabe der örtlichen Energieversorgung auf ein privates Unternehmen. Zu diesem Zweck werden von Gemeinden und versorgungsbereiten Unternehmen Verträge abgeschlossen. Diese Verträge werden üblicherweise als Konzessionsverträge oder auch B-Verträge bezeichnet. Ihre Rechtsfragen, insbesondere ihre kartellrechtliche Anknüpfung stellen den Gegenstand der Untersuchung dar.

I. Die inhaltliche Ausgestaltung von Konzessionsverträgen

Die Erforschung des Inhalts von Konzessionsverträgen stößt auf Schwierigkeiten, weil diese nicht an einer allgemein zugänglichen Stelle aufbewahrt und vielfach auch vertraulich behandelt werden⁶. Dennoch läßt sich ein typischer Inhalt herausstellen. Umfangreiche Darstellungen dazu finden sich bei E. R. Huber⁷ sowie bei Niederleithinger⁸, der seinen Ergebnissen eine Umfrage bei Elektrizitätsversorgungsunternehmen zugrunde gelegt hat, nach denen er den Inhalt eines "typischen" Konzessions-

6) Kulartz, Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, S. 34 f.; Niederleithinger, Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 55.

7) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 574 ff.

8) A.a.O. (FN 6), S. 55.

vertrags feststellen konnte⁹. Vergleicht man diese beiden Darstellungen, so fällt ins Auge, daß sie in vielen Punkten kongruent sind. Es erweist

-
- 9) Zum Inhalt von Konzessionsverträgen vgl. auch: Stern, AöR Bd. 84, S. 273 ff. - S. 293 ff.; Krömer, Energierechtliche Probleme bei der Beendigung von Konzessionsverträgen, S. 2 ff.; Evers, Das Recht der Energieversorgung, S. 176 ff.; Kulartz, a.a.O. (FN 6), S. 34 f.; Gröner, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, S. 262; Baur, Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, S. 10 ff.; Eiser/Riederer/Obernolte/Danner, Energierechtsrecht, V, S. 35 a ff.; Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, S. 311 ff. Zu Vertragsmustern für Konzessionsverträge s. die Entschl. d. Bayer. Staatsministeriums d. Innern v. 15.7.1949 (BayBS VI Bd. 1, S. 111) und v. 7.4.1970 (MABl. S. 205 f.). Zu unterscheiden von Konzessionsverträgen sind bloße Gestattungsverträge. Diese berechtigen die Versorgungswirtschaft zur Mitbenutzung von Straßen zur Verlegung von Versorgungsleitungen. Sie begründen aber für das jeweilige Versorgungsunternehmen keine Verpflichtung zur Versorgung eines bestimmten Gebiets. Auch für Gestattungsverträge stehen Vertragsmuster zur Verfügung, s. dazu das vom Bundesminister für Verkehr am 3.12.1968 eingeführte "Muster eines Straßenbenutzungsvertrags für Leitungen der öffentlichen Versorgung in Bundesfernstraßen" (VKBl. 1969, S. 27 ff.); s. außerdem das am 9.12.1974 aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Bundesminister für Verkehr und den Verbänden der Versorgungswirtschaft in Kraft gesetzte "Muster eines Rahmenvertrags zur Regelung der Mitbenutzungsverhältnisse zwischen Bundesfernstraßen und Leitungen der öffentlichen Versorgung" nebst Anlagen (VKBl. 1975, S. 69 ff.); anschaulich zu diesen Mustervereinbarungen Braun, ET 1969, S. 89 ff.; Studenkowski, RdE 1980, S. 114 ff., S. 142 ff.; Hillermeier, Kommunalpraxis 1981, S. 199 f.; Büdenbender, Energierecht, Rdrrn. 504 ff.

sich hierbei, daß bestimmte Regelungen in den gemeindlichen Konzessionsverträgen stets vorhanden sein müssen, damit der von beiden Seiten erstrebte Zweck unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage erreicht werden kann.

Das wesentliche Element der Konzessionsverträge ist darin zu sehen, daß die Gemeinden sich dadurch im Wege einer Inpflichtnahme von Energieversorgungsunternehmen der ihnen obliegenden Aufgabe der örtlichen Energieversorgung entledigen. Zu diesem Zweck gestatten sie die Mitbenutzung des Straßenraums zur Verlegung von Energieversorgungsleitungen. Die öffentlichen Straßen sind dafür besonders geeignet, denn sie erschließen bereits das zu versorgende Gebiet verkehrsmäßig. Außerdem sind sie nicht überbaut. Dies bietet günstige Bedingungen im Hinblick auf Reparaturen oder Erweiterungen des Leitungsnetzes.

Die konzessionsvertragliche Einräumung eines straßenrechtlichen Benutzungstitels geschieht - wie auch die Übertragung des Versorgungsrechts - in aller Regel in exklusiver Weise zugunsten eines einzigen Energieversorgungsunternehmens. Das bedeutet, daß dieses im Gemeindegebiet während der Laufzeit des Vertrags vor Wettbewerb anderer Konkurrenten geschützt ist.

Weiterhin wird konzessionsvertraglich eine gemeindliche Eigenversorgung mit Energie ausgeschlossen. Dies geschieht in der Weise, daß die Gemeinden entsprechende Unterlassungsverpflich-

tungen eingehen. Der dadurch geschaffenen Monopolisierung des versorgungsberechtigten Unternehmens steht dessen Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen Versorgung unter Zugrundelegung gleicher Lieferbedingungen und Tarife gegenüber. Diese konzessionsvertragliche Obliegenheit entspricht der gesetzlichen allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht des § 6 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnwG)¹⁰. Die Regelung des § 6 Abs. 1 EnwG findet jedoch nur dann Anwendung, wenn ein Energieversorgungsunternehmen ein bestimmtes Gebiet versorgt, d.h. dazu bereit und auch rechtlich in der Lage ist¹¹. Von ausschlaggebender Bedeutung hierfür ist die vertragliche Betriebspflicht des Unternehmens nach dem Konzessionsvertrag. Durch diese wird die Versorgungsübernahme im Sinne des § 6 EnwG begründet und dementsprechend dessen spezialgesetzliche allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht ausgelöst.

Zwischen Gemeinde und Versorgungsunternehmen wird in der Regel noch die Verpflichtung des Versorgungsunternehmens zur Zahlung von sogenannten Konzessionsabgaben vereinbart. Konzessionsabgaben sind Entgelte, die von Versorgungsunternehmen an Gemeinden für die Einräumung des straßenrechtlichen Benutzungstitels und der konzessionsvertraglich vermittelten Marktstellung geleistet werden. Rechtlich reglementiert ist die Erhebung von Konzessionsabgaben durch die Konzessionsabga-

10) Vom 13.12.1935 (RGBl. I, S. 1451), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.1977 (BGBl. I, S. 2750).

11) Danner in: Eiser/Riederer/Oberholte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, Anm. 2 zu § 6 EnwG.

benordnung¹² (KAE).

Auch im übrigen enthalten die Konzessionsverträge noch weitere Bestimmungen. Diese betreffen z.B. die Vertragsdauer oder Regelungen für die Zeit nach Vertragsablauf, insbesondere auch sogenannte Übernahmeansprüche zugunsten der Gemeinden, wenn diese eine Eigenversorgung durchführen und sich dabei der bereits vorhandenen Versorgungsleitungen bedienen möchten. Auch für den Fall der Änderung oder Verlegung von Straßen werden oftmals Vereinbarungen über Folgepflichten getroffen. Diese vertraglichen Festlegungen sind nicht essentiell prägend für die Konzessionsverträge. Den wesentlichen Kern der Konzessionsverträge bilden vielmehr Übertragung des Versorgungsrechts, die Einräumung des straßenrechtlichen Benutzungstitels¹³ sowie der gemeindliche Verzicht auf die Errichtung einer eigenen Energieversorgung¹⁴.

12) Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände v. 4.3.1941, RAnz 1941, Nr. 57 und Nr. 120, zuletzt geändert durch Verordnung v. 7.3.1975, BAnz 1975, Nr. 49. Von Bedeutung sind weiterhin die "Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung" v. 27.2.1943, RAnz 1943, Nr. 75 und die "Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenordnung und zu ihrer Ausführungsanordnung" v. 27.2.1943, MittBlRfPr 1943, S. 228

13) So auch Baur, a.a.O. (FN 9), S. 10.

14) Niederleithinger, a.a.O. (FN 6), S. 59 m.w.N.

II. Gesetzliche Anknüpfungspunkte der Konzessionsverträge

Das rechtliche Bild der Konzessionsverträge ist geprägt von einer Vielzahl von Berührungspunkten zu verschiedenen Rechtsbereichen. Im Vordergrund steht zunächst die Frage, ob bzw. inwieweit eine Befassung der öffentlichen Hand mit Fragen der Energieversorgung überhaupt zulässig ist. Betroffen ist hier die Frage der Existenzsicherungsaufgabe des Staates, mithin ein Bereich, der herkömmlicherweise auf dem Feld des Sozialstaatsgedankens (Art. 20, 28 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland¹⁵ (GG)) angesiedelt wird. Auch der von Forsthoff geprägte Begriff der Daseinsvorsorge, nach dem es die Funktion der Träger politischer Verantwortung sei, Leistungen darzubringen, "auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist"¹⁶, ist hier von Belang.

Die Betätigung von Kommunen auf dem Bereich der Energieversorgung z.B. durch Abschluß von Konzessionsverträgen betrifft die Frage, inwieweit eine solche dem Funktionsauftrag der Kommunen unterfällt. Diese Fragestellung läßt sich dahingehend konkretisieren, ob die den Gemeinden grundgesetzlich gewährleistete Garantie der Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) auch die Kompetenz der Kommunen zur Regelung der örtlichen Energieversorgung enthält. In diesem Zusammenhang

15) Vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.8.1976 (BGBl. I, S. 2383).

16) Forsthoff, a.a.O. (FN 1), S. 7.

sind auch die von Art. 67 Deutsche Gemeindeordnung¹⁷ (DGO) abgeleiteten Vorschriften der Gemeindeordnungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zu beachten. Nach diesen Bestimmungen ist eine gemeindliche wirtschaftliche Tätigkeit nur zulässig, wenn sie durch einen öffentlichen Zweck gedeckt wird und nicht ebensogut oder besser durch einen anderen erfüllt werden kann¹⁸. Ob die gemeindliche Betätigung auf dem Gebiet der örtlichen Energieversorgung eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Gemeindewirtschaftsrechts darstellt oder wesensmäßig als Erfüllung einer gemeindlichen Pflichtaufgabe dem Bereich der Leistungsverwaltung auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge angehört, wird ebenfalls noch zu klären sein.

Einschlägig sind weiterhin das Straßenrecht des Bundes und der Länder, weil die Verlegung von Energieversorgungsleitungen ohne eine Benutzung von öffentlichen Straßen nicht möglich ist. Spezieller Anknüpfungspunkt sind § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz¹⁹ (BFStrG) und die ihm im wesentlichen nachgebildeten straßenrechtlichen Vorschriften der Länder. Nach diesen Bestimmungen²⁰

17) Vom 30.1.1935 (RGBl. I, S. 49).

18) §§ 102 ff. BWGO; Art. 89 ff. BayGO; §§ 121 ff. HessGO; §§ 108 ff. NdsGO; §§ 88 ff. NRWGO; §§ 85 ff. RhPfGO; §§ 106 ff. Saarl KSVG, Teil A (GO); §§ 101 ff. SHGO

19) I.d.F. v. 1.10.1974 (BGBl. I, S. 2413), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.6.1980 (BGBl. I, S. 649).

20) § 23 Abs. 1 BWStrG; Art. 22 Abs. 2 BayStrWG; § 19 BremLStrG; § 20 Abs. 1 HessStrG; § 23 Abs. 1 NdsStrG; § 23 Abs. 1 NRWStrWG; § 45 Abs. 1 RhPflStrG; § 22 SaarlStrG; § 28 Abs. 1 Nr. 2 SHStrWG. Abweichend demgegenüber die Regelungen in Berlin (§ 11 Abs. 1 BlnStrG) und Hamburg (§ 19 HbgWG).

richtet sich die Benutzung von Straßen für Zwecke der Energieversorgung in aller Regel nach bürgerlichem Recht. Die Energieversorgungsunternehmen bedürfen demnach zur Verlegung von Energieversorgungsleitungen einer privatrechtlichen Gestattung des Straßenbaulastträgers.

Schließlich geraten die Konzessionsverträge noch in den Anwendungsbereich des EnwG und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen²¹ (GWB). Das EnwG, das dem Staat vielerlei Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse auf dem Gebiet der Energiewirtschaft gibt, ist zwar insoweit nicht einschlägig, als es sich mit Konzessionsverträgen explizit nicht beschäftigt. Wie die Vorschrift des § 5 EnwG (staatliche Genehmigung für die Aufnahme der Energieversorgung) und die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht des § 6 EnwG, die durch die konzessionsvertragliche Indienstnahme eines Versorgungsunternehmens ausgelöst werden kann, belegen, ist es dennoch nicht ohne jeden Belang. Von größerer Bedeutung sind die Vorschriften des GWB, insbesondere diejenigen, die sich ausdrücklich mit Konzessionsverträgen beschäftigen. Genannt seien hier vor allem die Bestimmungen der §§ 103, 103 a GWB, nach denen konzessionsvertragliche Regelungen zwar in einem gewissen Umfang von der Anwendung des GWB ausgenommen, dafür aber einer speziellen wettbewerbsrechtlichen Mißbrauchsaufsicht unterworfen sind.

21) I.d.F. d. Bek. v. 24.9.1980 (BGBl. I, S. 1761), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.3.1983 (BGBl. I, S. 377).

1. Hauptteil: Die rechtsdogmatischen Grundlagen
der gemeindlichen Konzessionsver-
träge

A. Sozialstaatlichkeit und Energieversorgung

Die Sozialstaatlichkeit ist, obwohl sie in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 GG eher beiläufig erwähnt wird¹, eines der wesentlichsten Strukturelemente der Bundesrepublik Deutschland. Sie bedeutet mehr als nur eine unverbindliche Aussage; sie stellt vielmehr einen Rechtssatz dar². Angeführt sei hier die bekannt gewordene Formulierung³: "Wenn die Entscheidung des Grundgesetzes zum Sozialstaat etwas wesentliches und tieferes sein will als eine wohlfeile Formel aus Kompromiß oder Konzession oder auch nur eine unverbindliche Verheißung, so bedeutet sie Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit seines Staates zur Gestaltung seiner sozialen Ordnung."⁴

-
- 1) Anders z.B. Art. 3 BV: "Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat."
 - 2) Vgl. dazu Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, § 21 I, 4; § 21 III, 1 (S. 688 f.).
 - 3) Ipsen anlässlich der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer am 13./14. Oktober 1955, VVDStRL Bd. 10, S. 74 ff. - S. 74.
 - 4) Ähnlich auch: Bachof, VVDStRL Bd. 12, S. 37 ff. - S. 44; Badura, Der Staat, Bd. 14, S. 17 ff. - S. 32; ders., DÖV 1968, S. 446 ff. - S. 446; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 166 m.w.N.; Häberle, VVDStRL Bd. 30, S. 43 ff. - S. 95; Herzog in: Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, Art. 20 Rdnr. 6; Huber, DÖV 1956, S. 200 ff. - S. 200 m.w.N.; Scheuner, DÖV 1971, S. 505 ff. - S. 512; Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 III, 2 (S. 713); a.A. Forsthoff, VVDStRL Bd. 12, S. 8 ff. - S. 27.

Die begriffliche Erfassung des Gehalts der Sozialstaatsklausel bereitete und bereitet auch heute noch aufgrund der Unbestimmtheit, was unter "sozial" zu verstehen sei, erhebliche Schwierigkeiten⁵. Die Annahme Forsthoffs, daß das Adjektiv "sozial" für die juristische Begriffsbildung unbrauchbar⁶ sei, dürfte allerdings zu weitgehend sein. Zutreffend hat denn auch Huber⁷ darauf verwiesen, daß der Begriff "sozial" in seiner schwierigen begrifflichen Faßbarkeit dieses Schicksal mit anderen herausragenden Rechtsbegriffen wie z.B. Freiheit, Gleichheit, Würde des Menschen etc., teile und deshalb nicht darauf verzichtet werden könne, den Inhalt der Sozialstaatsklausel inhaltlich auszufüllen⁸. Es würde den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem überschreiten und ist deshalb auch nicht beabsichtigt, den Versuch zu unternehmen, den Begriffsinhalt des Sozialstaatsprinzips wie auch seine Grenzen darzu-

5) Vgl. dazu Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, S. 36 und zu den verschiedenen Lösungsmodellen S. 40 ff.; Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II (S. 693); Suhr, Der Staat, Bd. 9, S. 67 ff. - S. 73.

6) A.a.O. (FN 4), S. 27 FN 29.

7) A.a.O. (FN 4), S. 201.

8) Zutreffend weist hier Haverkate, a.a.O. (FN 5), S. 36 darauf hin, daß dieser Begriff nicht "leer" sei, sondern "überladen von heterogenen Traditionen und Postulaten"; er selbst sieht die einzige mögliche juristische Auslegung nicht in der Frage, was sozialstaatsgemäß, sondern was sozialstaatswidrig sei, vgl. dazu S. 57.

legen. Es soll deshalb wesentlich nur darauf abgestellt werden, ob eine Tätigkeit der öffentlichen Hand im Bereich der öffentlichen Energieversorgung vom Auftrag des Sozialstaatsprinzips umfaßt ist.

Wesentliche Funktion des sozialstaatlichen Prinzips ist seine Bezogenheit auf soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherung⁹. Gesetzliche Konkretisierungen hat die Sozialstaatsklausel auf vielerlei Bereichen erfahren, beispielhaft seien hier nur der Erlaß eines Sozialgesetzbuches sowie generell der gesamte Komplex der Sozialversicherung genannt. Wesentliche Bedeutung hat sie auch im arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Bereich entfaltet (z.B. die Regelungen des Arbeitsförderungsgesetzes, das GWB)¹⁰. Das Sozialstaatsprinzip enthält den Auftrag an den Staat unter Berücksichtigung sozialer Gerechtigkeitskriterien die Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens sozial zu gestalten¹¹. Für die Tätigkeit des Staates ergibt sich daraus, daß diese nicht nur reagierend (wie z.B. bei der Kriegsfolgenüberwindung¹²), son-

9) Badura, DÖV 1968, S. 446 ff. - S. 446; Bull, a.a.O. (FN 4), S. 219; Herzog, a.a.O. (FN 4), Art. 20 Rdnr. 10; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, § 13 I.2.; Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 I, 5 (S. 692); vgl. dazu auch die Entscheidungen des BVerfG, BVerfGE 5, S. 85 ff. - S. 197 ff.; 6, S. 32 ff. - S. 41; 6, S. 55 ff. - S. 77; 21, S. 245 ff. - S. 251; 28, S. 324 ff. - S. 348; 40, S. 121 ff. - S. 133; 44, S. 353 ff. - S. 375.

10) S. dazu die umfassende Darstellung bei Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II (S. 693 ff.).

11) Badura, Der Staat, Bd. 14, S. 17 ff. - S. 32.

12) Vgl. dazu Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II, 3 (S. 699).

dern auch kreativ gestaltend gefordert ist. Eine der bedeutendsten Bereiche, auf dem das sozialstaatliche Prinzip Wirksamkeit entfalten kann, ist damit der gesamte Bereich der Daseinsvorsorgeverwaltung¹³. Obwohl dieser von Forsthoff geprägte Begriff¹⁴ Anlaß zu vielen Kontroversen gegeben hat, hat er dennoch unbeschadet differenzierter Betrachtungsweisen über seinen Inhalt und Rechtsnatur, Eingang in die juristische Terminologie gefunden und bezeichnet insbesondere die leistende Tätigkeit des Staates auf den Gebieten der Kultur und Bildung, der Sozialbetreuung sowie der Energieversorgung¹⁵. Die Bedeutung der Einbeziehung des weiten Feldes der Daseinsvorsorge in den sozialstaatlichen Grundsatz liegt im Auftrag des Staates zur Existenzsicherung des Individuums¹⁶, darüber hinaus aber auch in der

-
- 13) Bull, a.a.O. (FN 4), S. 176; Haverkate, a.a.O. (FN 5), S. 38; Huber, a.a.O. (FN 4), S. 202; Maunz/Zippelius, a.a.O. (FN 9), § 13 I; Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II, 3 (S. 698); s. dazu auch Suhr, a.a.O. (FN 5), der diese Folge nicht aus dem Sozialstaatsprinzip herleitet, sondern ausgehend von dem Gedanken, daß ohne Aufmerksamkeit für seine soziale Lage kein Staat sein könne, die Meinung vertritt, daß die Daseinsvorsorge eine staatliche Selbstverständlichkeit sei, für die auch ein unsozialer Staat sorgen müsse.
- 14) Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 7.
- 15) Vgl. dazu Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II, 3 (S. 698 f.); zur Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips auf diesen Gebieten durch die kommunalen Gebietskörperschaften s. Knemeyer in: Oberndorfer/Schambeck (Hrsg.), Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, S. 493 ff. - S. 502.
- 16) Bachof, a.a.O. (FN 4), S. 42; Bull, a.a.O. (FN 4), S. 219; Häberle, a.a.O. (FN 4), S. 95.

Schaffung einer sozialen Infrastruktur, die dem einzelnen eine angemessene Entfaltungsfreiheit auf persönlichem und wirtschaftlichen Gebiet sichert¹⁷ (individualrechtliche Sicherungsfunktion des Sozialstaatsprinzips¹⁸). Eine bindende Verpflichtung des Staates zur Darbietung öffentlicher Leistungen erwächst aus dem Sozialstaatsprinzip je nach dem Ausmaß der Bedürftigkeit, der Angewiesenheit des Bürgers auf staatliches Handeln¹⁹.

Betrachtet man die immer größer werdende Verengung des beherrschten Lebensraums des Individuums und die damit ständig zunehmende Abhängigkeit von Leistungen²⁰ aller Art, so kann an der staatlichen Verantwortlichkeit für eine Energieversorgung kein Zweifel bestehen. Den Staat trifft in dieser Hinsicht eine Garantiepflicht²¹. Diese läßt sich anknüpfend an die Existenzsicherungspflicht des Staates, die sich bereits aus dem Grundsatz der Menschenwürde, Art. 1 GG, herleiten läßt, inhaltlich dahingehend konkretisieren, daß überhaupt eine Versorgung mit Strom, Gas und Wasser stattfinden muß.

17) Stern, a.a.O. (FN 2), § 21 II, 2 (S. 694); Häberle, a.a.O. (FN 4), S. 95.

18) Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, S. 105.

19) Stern/Burmeister, a.a.O. (FN 18), S. 105.

20) Ein Gedanke, den Forsthoff bereits 1938 in seiner Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger" aufgegriffen hat.

21) In diesem Sinn auch Klein, Die Teilnahme des Staats am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 17; speziell zu den Kommunen Reusch, Gemeindliche Rechtspflichten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, S. 38 ff.

Weiterhin hat der Staat in bezug auf seine Aufgabe der Sicherung einer gerechten sozialen Ordnung, den Auftrag, dafür zu sorgen, daß diese Arten der Energie in ausreichender Menge und zu angemessenen Bedingungen zur Verfügung stehen. Vom Auftrag des Staates ist mithin die Errichtung von Versorgungsbetrieben zur Darreichung dieser Güter gedeckt²². Daraus ergibt sich die Folgerung, daß die gemeindliche Indienstnahme von Energieversorgungsunternehmen zur Sicherung einer angemessenen Energiebedarfsdeckung innerhalb des Bereichs sozialstaatlicher Wirksamkeit liegt.

Für das Gebiet des Freistaats Bayern läßt sich dieses Ergebnis bereits aus Grundentscheidungen der Bayerischen Verfassung (BV) herleiten. So obliegt dem Freistaat Bayern nach Art. 152 S. 2 BV die landesweite Sicherstellung der Versorgung mit elektrischer Kraft. Unbeschadet davon konkretisiert Art. 83 Abs. 1 BV die durch Art. 11 Abs. 2 BV gewährleistete kommunale Selbstverwaltung dahingehend, daß ihr auch die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft als gemeindliche Pflichtaufgabe unterfällt.

22) Bachof, a.a.O. (FN 4), S. 40; Badura, DÖV 1966, S. 624 ff. - S. 627; Bull, a.a.O. (FN 4), S. 241; Scheuner, AfK 1973, S. 1 ff. - S. 27.

B. Gemeindliches Selbstverwaltungsrecht und Energieversorgung

I. Grundstrukturen der gemeindlichen Selbst- verwaltungsgarantie

Gemäß Art. 28 Abs. 2 GG steht den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung zu. Der Begriff "Selbstverwaltung" ist zwar nur in Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG in bezug auf die Gemeindeverbände angesprochen, bezieht sich aber, wie die Verknüpfung von Satz 2 mit Satz 3 durch "auch" zeigt, ebenfalls auf die Gemeinden¹.

Inhaltlich ist das in Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete Selbstverwaltungsrecht geprägt durch die Befugnis, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Art. 28 Abs. 2 gewährleistet damit im Grundsatz den Gemeinden die Allseitigkeit des Wirkungskreises² im Sinne einer universalen Verbandskompetenz³. Darüber

1) Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die örtliche Energieversorgung, S. 11; in diesem Sinn auch Niemeier, Bund und Gemeinden, S. 130.

2) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 465; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 48 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Bd. II, S. 203 f.; Maunz in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28, Rdnr. 60; v. Mutius, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 227 ff. - S. 245.

3) Stern, Die Verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, S. 30.

hinaus enthält das Selbstverwaltungsrecht für die Gemeinden die Garantie, diese Aufgaben autonom, d.h. unabhängig von Weisungen des Staates, in eigener Verantwortung erfüllen zu können⁴.

Bei dem Recht auf Selbstverwaltung handelt es sich um eine institutionelle Garantie⁵ zugunsten der Gemeinden. Die Verletzung des Selbstverwaltungsrechts ist - ohne daß dieses damit Grundrechtscharakter hätte - mit der Kommunalverfassungsbeschwerde⁶ nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG, § 91 BVerfGG angreifbar; diese Rechtsschutzmöglichkeit trägt dem Rechnung, daß Art. 28 Abs. 2 GG zwar kein Grundrecht⁷, aber doch ein subjektives Recht mit Verfassungsrang⁸ darstellt.

-
- 4) Vgl. dazu v. Mutius, Gutachten E für den 53. Deutschen Juristentag in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentags, Bd. I, S. 20 m.w.N., der diese Funktion des Selbstverwaltungsrechts als "Prinzip vertikaler Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung auf autonome Körperschaften" bezeichnet, insoweit enthalte Art. 28 Abs. 2 GG ein "wichtiges Element organisatorischer Funktionentrennung". Näher zum Standort der kommunalen Selbstverwaltung im administrativen Gefüge des Staates v. Unruh, DÖV 1977, S. 467 ff. - S. 469 f.
- 5) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 28; Pagenkopf, a.a.O. (FN 2), S. 57 ff.; Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), S. 218 ff.; Maunz, a.a.O. (FN 2), Art. 28 Rdnr. 45; Stern in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 28, Rdnr. 78; zu weit dürfte es gehen, das Selbstverwaltungsrecht wie Bender, Theorien der gemeindlichen Selbstverwaltung, S. 89 als Naturrecht zu sehen.
- 6) Burmeister, JA 1980, S. 17 ff.
- 7) Pagenkopf, a.a.O. (FN 2), S. 57 f.; Maunz, a.a.O. (FN 2), Art. 28 Rdnr. 56.
- 8) Pagenkopf, a.a.O. (FN 2), S. 59; Maunz, a.a.O. (FN 2), Art. 28 Rdnr. 57; Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 28 Rdnr. 65 und 175; Blümel, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 265 ff. - S. 268.

II. Kommunale Selbstverwaltung und Aufgaben des eigenen Wirkungskreises

Ob die örtliche Energieversorgung von Verfassungs wegen eine den Gemeinden zur Erledigung vorbehaltene Aufgabe darstellt, läßt sich nur anhand einer Bestimmung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts des Art. 28 Abs. 2 GG klären. Inhaltliche Wesensmerkmale und Handlungsauftrag der kommunalen Selbstverwaltung sind nicht unumstritten⁹. Dies zeigt sich deutlich an Auffassungen, die für eine völlige Neubestimmung des sachlichen Gehalts des Art. 28 Abs. 2 GG eintreten¹⁰. Es kann in dem hier zu behandelnden Zusammenhang dennoch nicht darauf ankommen, die rechtsdogmatischen Strukturen des Art. 28 Abs. 2 GG bis in Einzelheiten zu erörtern. Es erscheint jedoch unerlässlich, zumindest einige Grundzüge aufzuzeigen, anhand derer die gemeindliche Position bei der örtlichen Energieversorgung bestimmt werden kann.

1. Die kommunale Selbstverwaltung im Spannungsfeld von staatlicher Einflußnahme und veränderter sozialer Wirklichkeit

Es kann als unbestritten gelten, daß zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG jedenfalls nicht die den Gemeinden vom Staat zur Erledigung übertragenen Auf-

9) Niemeier, a.a.O. (FN 1), S. 125, führt dies im wesentlichen darauf zurück, daß die "Selbstverwaltung als Umschreibung einer bestimmten soziologischen Form menschlichen Zusammenlebens entsprechend den jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Veränderungen einem ständigen Wandel unterworfen" ist.

10) S. dazu nachfolgend 1).

gaben gehören¹¹.

- a) Abgesehen von dieser negativen Definition gibt der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG keinen exakten Aufschluß über die der kommunalen Selbstverwaltung unterfallenden Angelegenheiten¹². Darin kann der Sinn der Gewährleistungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG auch nicht gesehen werden. Die gemeindliche Selbstverwaltung würde in ihrer Funktion unzutreffend beurteilt, sähe man den Umfang der gemeindlichen Angelegenheiten als ein für allemal festlegbar an¹³. Die kommunale Selbstverwaltung kann ihren Handlungsauftrag als dezentrale, den örtlichen Bedürfnissen angepaßte Verwaltung nur erfüllen, wenn sie eine dynamische¹⁴ und funktionsvariable¹⁵

-
- 11) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, § 12 II 3 (S. 310); Niemeier, a.a.O. (FN 1), S. 126.
- 12) Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität, S. 143.
- 13) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 28; Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 37; Niemeier, a.a.O. (FN 1), S. 132; Hesse, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 465; Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 150; so auch bereits das BVerfG in BVerfGE 1, S. 167 ff. - S. 178, wenn es ausführt, daß "die Gesamtheit der Normen und Grundsätze, die den historisch gewordenen Begriff der Selbstverwaltung ausmachen, nicht in dem Sinn als unabänderlich gelten (können), daß sie in keiner Hinsicht und zu keiner Zeit in ihrem Bestand angetastet werden dürften"; so auch BVerfGE 17, S. 172 ff. - S. 182; 26, S. 172 ff. - S. 180.
- 14) Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 151.
- 15) Scholz, a.a.O. (FN 13), S. 37.

Struktur aufweist. Eine solche Beweglichkeit der Betrachtungsweise¹⁶ kann durchaus dazu führen, daß den Gemeinden im Zuge der Wandlungen der Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens Aufgabenstellungen entzogen werden. Andererseits kann ihnen aber auch die Erledigung neu entstehender Angelegenheiten zufallen¹⁷. Stets muß es sich dabei aber um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handeln.

- b) Das Bundesverfassungsgericht hatte schon oftmals Gelegenheit, sich zum Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie zu äußern. Es vertritt dabei die Meinung¹⁸, daß dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht unterfallende Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises nur solche Aufgaben seien, "die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben und von ihr eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können". An anderer Stelle¹⁹ begreift es Wesen und Intention der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne einer "Aktivierung der Beteiligten für die eigenen Angelegenheiten, die die in der

16) Scheuner, AfK 1973, S. 1 ff. - S. 15.

17) Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 150; v. Mutius, a.a.O. (FN 4), S. 19; Niemeier, a.a.O. (FN 1), S. 128; Beer-Laux, Die Gemeinde, S. 32; Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 51 m.w.N., spricht hier von "Wandlungsprozesses"; s. dazu auch Blümel, a.a.O. (FN 8), S. 274; Weber, Selbstverwaltung und Demokratie in den Gemeinden nach der Gebietsreform, S. 100 ff.

18) BVerfGE 8, S. 122 ff. - S. 134; 50, S. 195 ff. - S. 201.

19) BVerfGE 11, S. 266 ff. - S. 275.

örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammenschließt, mit dem Ziel, das Wohl der Einwohner zu fördern und die geschichtliche und heimatliche Eigenart zu wahren".

Es erscheint nicht mehr ohne weiteres möglich, wie das Bundesverfassungsgericht die Gemeinden als Ausdruck sozialer Verbundenheit mit einer gemeinsamen Pflege von Tradition und Brauchtum zu sehen. Vieles hat sich in den letzten Jahrzehnten geändert. Auch die innere Struktur der Gemeinden war seit Inkrafttreten des Grundgesetzes einem raschen Wandel unterworfen²⁰. Gemeinden sind heute nur noch in Ausnahmefällen geschlossene örtliche Lebensgemeinschaften²¹.

-
- 20) Dazu ausführlich Blümel, VVDStRL Bd. 36, S. 171 ff. - S. 188 ff.; Scheuner in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I, S. 7 ff. - S. 10 ff.; Hinkel, NVwZ 1985, S. 225 ff. - S. 226 ff.
- 21) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 23. Aufl., § 26 V, ist sogar der Auffassung, daß ein Zusammenhang personeller Art, der sich aus dem Gemeindegebiet ergibt, nicht mehr bestehe (zurückhaltender in der Formulierung Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 26. Aufl., § 15 III); auch Scheuner, a.a.O. (FN16), S. 1 ff. - S. 11 stellt die Ausnahmefälle in Abrede und meint, die Gemeinden gewannen ihre Bestimmung aus ihrer Rolle im modernen Leistungsstaat; vgl. dazu auch Bayerisches Staatsministerium des Innern (Hrsg.), Stadt-Umland-Gutachten Bayern, S. 70 in bezug auf die dort anklingende soziologische Differenzierung zwischen Gemeinde als sozialer Wirklichkeit und als Verwaltungseinheit.

Ortsgrenzen gehen fließend ineinander über. Wohnungs- und Arbeitsstätten liegen häufig in verschiedenen Gemeinden und haben einen großen Strom von sogenannten Pendlern zur Folge²². Eine Verringerung des Zugehörigkeitsgefühls zur eigenen Gemeinde kann auch bewirken, daß oftmals Gemeindeglieder zur Befriedigung ihrer individuellen Bedürfnisse auf Angebote benachbarter Gemeinden ausweichen müssen²³. Darüber hinaus werden Gemeinden mit ihren Angelegenheiten in einem immer mehr zunehmenden Maße in von oben gesteuerte Koordinierungsmaßnahmen übergeordneter öffentlichrechtlicher Körperschaften integriert (Verwaltungsverflechtung)²⁴.

- c) Angesichts der geschilderten tiefgreifenden Wandlungen und insbesondere auch der vielfachen staatlichen Eingriffe in das Selbstver-

22) Dazu Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, S. 14 m.w.N., der diesem Phänomen der intergemeindlichen Mobilität in der Form der sog. Inter-Generationen-Mobilität und der regionalen Mobilität allerdings in bezug auf den dadurch bewirkten Desintegrationseffekt überbewertet; vgl. zutreffend dazu Loschelder, Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietsgestaltung, S. 167 ff. und S. 243.

23) Dazu insbes. für den ländlichen Raum Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Entwicklung ländlicher Räume, S. 233; vgl. dazu auch Loschelder, a.a.O. (FN 22), S. 243, der diese Erscheinung zutreffend nicht als desintegrierenden Faktor bezeichnet, sondern in den Vordergrund stellt, daß diese durchaus geeignet sei, dem Bürger die "spezifische Individualität seiner Wohnsitzgemeinde vor Augen zu führen".

24) Scheuner, a.a.O. (FN 20), S. 7 ff. - S. 20; Pappermann, in: Deutsche Richterakademie (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Verwaltungsgerichte, S. 13 ff. - S. 19 f.; ders. DVBl 1981, S. 1040 ff. - S. 1040 f.; Wagener, Der Landkreis 1981, S. 105 ff. - S. 110.

waltungsrecht, die den Handlungs- und Entfallungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung gefährdet haben²⁵, wird seit geraumer Zeit die Ansicht vertreten, die Selbstverwaltungsgarantie müsse vollkommen neu bestimmt werden, weil kein abgrenzbarer Bereich von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft mehr feststellbar sei und aufgrund dessen von einer Allzuständigkeit der Kommunen im örtlichen Wirkungskreis nicht mehr die Rede sein könne²⁶. Dies führt verschiedentlich dazu, daß die Selbstverwaltungsgarantie als im wesentlichen durch Mitwirkungsbefugnisse bei höherstufigen Entscheidungen gesehen wird²⁷.

25) v. Mutius, a.a.O. (FN 4), S. 30.

26) Pappermann/Roters/Vesper, Maßstäbe für die Kommunalreform im Kreis, S. 20 ff.; Roters, a.a.O. (FN 22), S. 11 ff.; Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), a.a.O. (FN 23), S. 237 für die Funktionsabgrenzung zwischen Kreis und kreisangehöriger Gemeinde; a.A. Stern, in: Oberndorfer/Schambeck, Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, S. 487.

27) So führt z.B. Scheuner, a.a.O. (FN 16), S. 1 ff. - S. 14 aus, daß der Begriff "örtliche Angelegenheiten" flexibel gesehen werden müsse, dahingehend, daß der Gemeinde anstatt eigener Entscheidung auf manchen Gebieten ein Recht zur Beteiligung an überörtlichen Planungen gewährt werden müsse; dazu außerdem Pappermann, DÖV 1973, S. 505 ff. - S. 508; ders., DÖV 1975, S. 181 ff. - S. 186 ff.; ders., Der Landkreis 1976, S. 295 ff. - S. 296; ders., SKV 1975, S. 2 ff. - S. 4; ders., SKV 1976, S. 134 f. - S. 134 f.; ders., SKV 1976, S. 336 f.; ders., DVBl 1976, S. 766 ff. - S. 769; Roters, a.a.O. (FN 22), S. 27 ff., S. 44 ff.; ders., in: v. Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28 Rdnr. 48; Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, S. 71.

Der besondere Ansatz dieser Auslegung des Art. 28 Abs. 2 GG liegt darin, daß nicht mehr von einem den Gemeinden durch Art. 28 GG zugewiesenen Aufgabenfeld ausgegangen wird, sondern die "gemeindliche Selbstverwaltung als die spezifische Leistung dieser Institution im Kontext der gesamten öffentlichen Verwaltung" gesehen wird²⁸. Eine solche Auffassung erscheint jedoch fragwürdig im Hinblick auf den insoweit klaren Wortlaut²⁹ des Art. 28 Abs. 2 GG, der den Gemeinden eigene Regelungsbefugnisse einräumt und ihnen damit mehr als ein Mitwirkungsrecht zur Verfügung stellt³⁰. Generell drängt sich bei einer näheren Betrachtung des funktionalen Verständnisses der gemeindli-

28) So z.B. Roters, a.a.O. (FN 22), S. 6, der sein Modell kondominialer Verwaltung über eine Neuformulierung des Art. 28 GG einführen möchte (S. 34); s. dazu auch Burmeister, a.a.O. (FN 27), S. 113.

29) So auch v. Mutius, a.a.O. (FN 4), S. 18, der darauf hinweist, daß eine derartige Interpretation den möglichen Inhalt des Verfassungstextes überschreite, "ja sogar die möglicherweise feststellbare Verfassungswirklichkeit an die Stelle der Verfassungsnorm setze; in diesem Sinn auch Graf in: Deutscher Städtetag (Hrsg.), Neuordnung der Verwaltung, S. 74; Wiese, Die großen kreisangehörigen Städte in der Kommunalreform, S. 86; vgl. auch die klare Feststellung von Kimminich, Der Schutz kommunaler Unternehmen gegen konfiskatorische Eingriffe, S. 43: "Ganz gleich, welche Veränderungen nun tatsächlich stattgefunden haben, steht doch fest, daß der Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 GG heute noch so besteht, wie er am 23. Mai 1949, dem Tag seines Inkrafttretens bestand."

30) Maunz, a.a.O. (FN 2), Art. 28 Rdnr. 61; Knemeyer, DVBl 1976, S. 380 ff. - S. 382 f.; Niemeier, a.a.O. (FN 1), S. 153. S. dazu auch das sog. Rastede-Urteil des BVerwG v. 4.8.1983, DÖV 1984, S. 164 ff. und dazu Hofmann, BayVBl 1984, S. 289 ff.; Knemeyer, DVBl 1984, S. 23 ff.; Schröer, DÖV 1984, S. 550 ff.; Schmidt-Jortzig, DÖV 1984, S. 821 ff.; Wagener, DÖV 1984, S. 168 ff.

chen Selbstverwaltungstheorie der Eindruck auf, daß die Vertreter dieser Theorie den Einfluß der gewandelten Sozialverhältnisse überbewerten. Anstatt zu fragen, inwieweit z.B. Einwirkungen von staatlicher Seite auf gemeindliche Interessensphären im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG zulässig sind, stellen sie in den Vordergrund, daß die "Verwaltungswirklichkeit" die Verortung" örtlicher Angelegenheiten³¹ nicht mehr zulasse. Dies hat eine unzulässige Uminterpretation des Begriffsinhalts des Art. 28 Abs. 2 GG zur Folge³².

31) So Roters, a.a.O. (FN 22), S. 29; ähnlich ders., S. 37, indem er ausführt, daß der normative Anspruch des Art. 28 Abs. 2 GG mit der modernen sozialen Wirklichkeit nicht mehr kompatibel sei; vgl. demgegenüber Berkenhoff, Deutscher Städte- und Gemeindebund, S. 50 ff., der sich unter Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG entschieden gegen eine weitere Aushöhlung der gemeindlichen Selbstverwaltung ausspricht; a.A. auch Schleberger, Die Funktion der Kreise nach der kommunalen Gebietsreform in: Deutscher Städtetag (Hrsg.), a.a.O. (FN 29), S. 101.

32) S. dazu Kimminich, a.a.O. (FN 29), S. 52: "Offenbar ist im Reformzeifer des letzten Jahrzehnts vergessen worden, daß nicht jedes Auseinanderklaffen zwischen Verfassungsnorm und legislatorischer und exekutivischer Praxis durch eine Änderung des Verfassungstextes oder durch eine interpretatorische Neubestimmung beantwortet werden muß. Das Mißverständnis in bezug auf die normative Kraft des Faktischen hat offenbar das Verständnis der normativen Kraft der Normen verkümmern lassen. Die Diskrepanz zwischen Praxis und Verfassungstext kann auch dadurch wieder hergestellt werden, daß sich die Praxis wieder an der Verfassung orientiert". S. dazu auch Knemeyer, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 209 ff. - S. 217 f.; v. Mutius, a.a.O. (FN 2), S. 243; Blümel, a.a.O. (FN 8), S. 278 f. mit umfangreichen Nachweisen; Ullrich, SKV 1976, S. 334 ff. - S. 334.

2. Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Der einzig erfolgversprechende Weg einer inhaltlichen Bestimmung des gemeindlichen Rechts auf Selbstverwaltung ist in einer systemgerechten Interpretation des Art. 28 Abs. 2 GG zu suchen, die die dem Art. 28 Abs. 2 GG zugrunde liegenden gesetzgeberischen Motivationen berücksichtigt. Auszugehen ist hierbei - entgegen der oben geschilderten Kritik - von den beiden Begriffen, auf die sich die kommunale Selbstverwaltung bezieht und durch die sie definiert wird, nämlich der "Gemeinschaft" als soziologischem Bestandteil und der "örtlichen" Gemeinschaft als räumlichem Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Wenn schon der Begriff der örtlichen Gemeinschaft für die Bestimmung der durch sie zu regelnden Angelegenheiten seine früheren scharfen Konturen verloren hat³³, so kann doch an diesen Terminus insoweit angeknüpft werden, als er jedenfalls die Erforderlichkeit eines Ortsbezugs statuiert³⁴. Man könnte insoweit die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaften in heutiger Sicht dahingehend interpretieren, daß darunter solche Aufgaben fallen, die jedenfalls räumlich der jeweiligen Gemeinde unmittelbar zugeordnet sind. Nun kann aber andererseits nicht jede ortsbezogene Aufgabe der Garantie des Selbstverwaltungsrechts unterfallen, wenn auch die unmittelbare Ortsbezogenheit eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. Darüber hinaus ist stets

33) So auch Scheuner, a.a.O. (FN 16), S. 1 ff. - S. 15.

34) So auch Maunz, a.a.O. (FN 2), Art. 28 Rdnr. 65: "Raumbezogenheit der Aufgabe"; so auch Bückmann, Verfassungsfragen bei den Reformen im örtlichen Bereich, S. 59.

zu fragen, ob der örtliche Aspekt einer Angelegenheit entscheidendes Gewicht besitzt³⁵. Diesem Gedanken ist ergänzend die vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung³⁶ hinzuzufügen, daß das Selbstverwaltungsrecht nicht nur aus der jeweiligen Lage, wie es sich darstellt, begriffen werden kann³⁷. Vielmehr ist hier entscheidend zu berücksichtigen, daß die Selbstverwaltung durch die Geschichte geprägt ist und in Wechselwirkung diese wiederum geformt hat. Unentbehrlich ist deshalb bei der Bestimmung des Inhalts der Selbstverwaltungsgarantie die Rückbesinnung auf die geschichtliche Entwicklung³⁸ und die verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung³⁹. Es fallen damit inhaltlich nur sol-

-
- 35) So auch Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 168, die ausführen, daß der Bereich der örtlichen Gemeinschaft nicht eindeutig festgelegt werden könne, der örtliche Aspekt vielmehr nur unter Verwendung von Kriterien wie Bezug auf örtlichen Grund und Boden, Tradition oder auch örtliche Verhältnisse insgesamt beurteilt werden könne; vgl. auch Stern, a.a.O. (FN 3), S. 28, der einen "spezifischen Ortsbezug" fordert; ähnlich wohl auch v. Mutius, a.a.O. (FN 4), S. 19, der nicht so sehr auf den räumlichen Bezug der Aufgaben selbst, sondern auf den Aufgabenerfüllung abstellt; dazu auch Pagenkopf, a.a.O. (FN 2), S. 52; Schnapp, Zuständigkeitsverteilung zwischen Kreis und kreisangehörigen Gemeinden, S. 6 ff.
- 36) BVerfGE 1, S. 268 ff. - S. 289 f.; 8, S. 332 ff. - S. 359; 7, S. 358, ff. - S. 364.
- 37) Ebenfalls für eine Definition der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarnatie aus ihrer historischen Entwicklung auch unter Berücksichtigung neuer Bedürfnisse Kimminich, a.a.O. (FN 1), S. 19; Scheuner, a.a.O. (FN 16), S. 1 ff. - S. 23.
- 38) Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 150; so auch v. Mutius, a.a.O. (FN 2), S. 243.
- 39) BVerfGE 11, S. 266 ff. - S. 274.

che Angelegenheiten in den Bereich der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 ff, die unmittelbar ortsbezogen sind. Darüber hinaus muß aber noch ein spezifischer Bezug der in Frage stehenden Angelegenheit auf allgemein bestehende Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner nachweisbar sein.

Wie bereits ausgeführt, kann nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß in den deutschen Städten und Dörfern eine Gemeinschaft im echten Sinne des Wortes heute noch typusbestimmend wäre. Eine solche dürfte sich unter Umständen noch in kleinen ländlichen Gemeinden finden lassen. Doch auch die dort in seltenen Einzelfällen noch anzutreffenden Refugien ländlicher Gemeinschaftsidyllen sind im Zuge der oben geschilderten immer weiter ausgreifenden sozialen Wandlungen vom Aussterben bedroht. Dies ist nicht zuletzt eine Folge der vor einigen Jahren begonnenen und nun abgeschlossenen Gebietsreform, die auf Gemeindeebene zu einer weitgehenden Verringerung der Zahl der Gemeinden geführt hat. Dies wurde dadurch erreicht, daß die eben beschriebenen Klein- und Kleinstgemeinden im Sinne der Stärkung der Leistungsfähigkeit zu größeren Gemeinden zusammengeschlossen wurden. Das alles zeigt, daß die Verbundenheit der Gemeindebürger, die als Leitbild der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG zugrunde liegt, in dieser undifferenzierten Betrachtungsweise nicht mehr zur Inhaltsbestimmung des Selbstverwaltungsbegriffs verwendet werden kann. Die Schlußfolgerung, daß die gemeindliche Selbstverwaltung aufgrund dessen nicht mehr als "Kommunaleigenverantwortlichkeit

im Sinne einer isolierten Aufgabenwahrnehmung" verstanden werden könne⁴⁰, läßt sich in dieser apodiktischen Fassung dennoch nicht ziehen. Der Begriff der örtlichen Gemeinschaft ist nämlich hinsichtlich der durch sie zu erledigenden Angelegenheiten auch einer anderen Deutung zugänglich.

Die frühere Gemeinschaft der Gemeindeeinwohner existiert zwar nicht mehr in der ehemals vorgefundenen Intensität. Es steht jedoch außer Zweifel, daß auch ungeachtet dieser Erscheinung es noch Angelegenheiten gibt, die aufgrund des Zusammenlebens der Gemeindeeinwohner und ihrer unmittelbaren Ortsbezogenheit schon immer von allgemeinem öffentlichen Interesse⁴¹ oder von essentieller Wichtigkeit für die Bevölkerung waren und auch heute noch sind. Das ist der wesentliche Gesichtspunkt für die Interpretation des historischen Begriffs der kommunalen Gemeinschaft im Lichte der heutigen sozialen Wirklichkeit. Angelegenheiten der Gemeinschaft sind damit nicht mehr solche, die ausschließlich der Verbunden-

40) Pappermann/Roters/Vesper, a.a.O. (FN 26), S. 23.

41) V. Mutius, a.a.O. (FN 4), S. 19 bezeichnet diese Aufgaben als "typische Aufgaben" der Gemeinden, die wesentlich auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge im Sinne Forst-hoffs angesiedelt sind; das Bayerische Staatsministerium des Innern (Hrsg.), a.a.O. (FN 21), S. 74, geht davon aus, daß ungeachtet der Schwierigkeit, einen einheitlichen Aufgabenbereich für alle Gemeinden zu bestimmen, den Gemeinden jedenfalls ein gesicherter Grundbestand von Aufgaben verbleibt, zu denen in jedem Fall die Nahversorgung gehört; zu einzelnen typischen Aufgabenfeldern im Bereich der Daseinsvorsorge s. Mombaur, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 503 ff. - S. 508 ff.; Ullrich, SKV 1976, S. 130 ff. - S. 131 f.

heit der Gemeindebürger entspringen, sondern solche, die ungeachtet der immer locker werdenden sozialen Verknüpfung der Gemeindegewohner in überindividueller Weise⁴² die Bevölkerung einer Gemeinde als solche betreffen.

Zusammengefaßt besteht damit der Inhalt der Selbstverwaltungsgarantie unter Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse darin, daß sie den Gemeinden die Befugnis gewährleistet, alle Angelegenheiten, die in überindividueller Weise die Gemeindebevölkerung betreffen und sich auf das Gebiet der Gemeinde in unmittelbarer Weise beziehen, zu regeln⁴³. Aufgrund der grundsätzlich sich aus dieser Definition ergebenden unbestimmten Vielzahl von möglichen Angelegenheiten ist deren Umschreibung im Sinne einer enumerativen Aufzählung oder auch nur einer halbwegs vollständigen Auflistung nicht möglich⁴⁴ und auch nicht angebracht. Vielmehr ist mit Hilfe der oben gegebenen Kriterien die Frage der Zugehörigkeit einer Materie zum Selbstverwaltungsrecht jeweils gesondert zu prüfen.

42) S. dazu v. Mutius, a.a.O. (FN 2) m.w.N., der die "örtliche Gemeinschaft" definiert als "der in einem wirtschaftlich, ökologisch, strukturell gleichförmigen und emotional überschaubaren Raum entstandene Zusammenhang nachbarschaftlicher Verbundenheit von Bürgern - gekennzeichnet durch Solidaritätsbedürfnis, Heimatverbundenheit, Integrationsverlangen, Engagementbereitschaft und Partizipationsdrang bei der Gestaltung der unmittelbaren Lebensbereiche; s. dazu auch Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 173.

43) Ähnlich Loschelder, a.a.O. (FN 22), S. 114.

44) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 30; zu den Schwerpunkten der gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben Brohm, DVBl 1984, S. 293 ff. - S. 297.

III. Gemeindliche Betätigung auf dem Gebiet der Energieversorgung als Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts

Anhand der geschilderten Begriffsbestimmung der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie kann nun der Frage nachgegangen werden, inwieweit die gemeindliche Energieversorgung insbesondere in der Form der Konzessionierung von Privatunternehmen für die Versorgung des Gemeindegebiets mit Energie in das Gebiet der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG fällt.

1. Energieversorgung als gemeinschaftsbezogene Angelegenheit

Unbestreitbar dürfte sein, daß es sich beim Bezug von Energie nicht nur um eine Angelegenheit zur Befriedigung persönlicher (individueller) Bedürfnisse handelt. Die Versorgung einer Gemeinde mit Energie deckt zwar auch jeweils die individuellen Energiebedürfnisse jedes einzelnen Gemeindemitglieds, darüber hinaus stellt die Versorgung mit Energie aber auch - und dies in erster Linie - eine über die individuellen Interessen hinausgehende Notwendigkeit dar⁴⁵. Ohne eine geordnete und gesicherte Energieversorgung wäre ein Zusammenleben heutigen Stils undenkbar⁴⁶. Bei der Versorgung mit Energie handelt es sich damit im Sinn der oben gegebenen Begriffsbestimmung um eine die Gemeindebürger in überindividueller Weise betreffende Angelegenheit. Die Energieversorgung ist somit eine Angelegenheit der Gemeinschaft im Sinn des Art. 28 Abs. 2 GG.

45) So auch Stern, a.a.O. (FN 3), S. 32.

46) Vgl. hierzu auch BVerfGE 30, S. 292 ff. - S. 323 f.

2. Energieversorgung als örtliche Angelegenheit

Nicht so undifferenziert kann die Frage nach der Ortsbezogenheit der in Frage stehenden Materie Energieversorgung beantwortet werden. Der Begriff Energieversorgung läßt sich inhaltlich in zwei verschiedene, aufeinander bezogene Bereiche aufspalten. Es handelt sich hier zum einen um die Erzeugung von Energie und zum anderen um deren unmittelbare Verteilung an Letztverbraucher.

- a) Was den Bezug von Energie betrifft, läßt sich eine spezifische Ortsbezogenheit ohne größere Schwierigkeiten nachweisen. Ein Charakteristikum der Energieverteilung ist nämlich, daß sie auf feste Leitungswege (Kabel, Spannungsleitungen) angewiesen ist. Eine Verlegung dieser Leitungen zum Zweck der Versorgung der Bevölkerung ohne Inanspruchnahme von im Gebiet der jeweiligen Gemeinde befindlichen Grund und Boden ist unmöglich. In praxi folgen die Energieverteilungsleitungen den im Eigentum oder der Verwaltung der jeweiligen Gemeinde stehenden öffentlichen Verkehrsflächen. Bereits dieser Umstand begründet eine unmittelbare Ortsbezogenheit⁴⁷. Abgesehen von diesem eher technisch vermittelten örtlichen Bezug ist in dem Zusammenhang von ganz ausschlaggebender Bedeutung, daß der Kreis der Abnehmer in seiner Gesamtheit

47) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 32; Kulartz, Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, S. 98; Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 169, verweisen darüber hinaus auf den Schutz der örtlichen Verbraucher und das örtliche Monopol des Versorgungsnetzes.

der jeweiligen Konzessionsgemeinde zugerechnet werden kann. Die Angewiesenheit des Leitungsnetzes auf die örtlichen öffentlichen Straßen sowie insbesondere die Zugehörigkeit der Letztverbraucher zu einer bestimmten Gemeinde begründen damit einen spezifischen Ortsbezug der Energieverteilung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG.

- b) Anders liegen die Verhältnisse bei der Energieerzeugung. Zwar wird sich notwendigerweise jede Energieerzeugungsanlage auf dem Gebiet einer Gemeinde befinden. Die Verknüpfung zu diesem Grund und Boden im Sinne einer Angewiesenheit darauf ist jedoch weit lockerer⁴⁸, als dies bei den Energieverteilungsmitteln der Fall ist. Denn während zur Versorgung einer Gemeinde mit Energie im Sinn der Verteilung die Benutzung von Grundstücksflächen im Gebiet der zu versorgenden Gemeinde unabweislich notwendig ist, kann die Erzeugung von Energie auch ohne weiteres außerhalb dieses Gebiets vorgenommen werden. Eine solche externe Erzeugung von Energie ist angesichts der immer größer werdenden Erzeugungskapazitäten zur Produktion von kostengünstiger Energie und aus Gründen einer umweltfreundlichen Standortwahl sogar geboten. Darüber hinaus besteht bei der Energieerzeugung im Gegensatz zur Energieverteilung keine unmittelbare Verbindung mit den Letztverbrauchern. Dies ist letztlich der entscheidende Grund,

48) In diesem Sinne auch Kulartz, a.a.O. (FN 47), S. 98.

warum die Gemeinden auf dem Gebiet der Energieerzeugung keine Vorrangstellung beanspruchen können.

Auch angesichts der geschichtlichen Entwicklung der Energieversorgung⁴⁹ läßt sich nachweisen, daß bei der Energieerzeugung sich schon frühzeitig ein Trend zur Entörtlichung⁵⁰ entwickelte, während die Gemeinden in der Energieverteilung abgesehen von einer kurzen privatwirtschaftlichen Pionierphase⁵¹ in der Frühzeit der Energieversorgung schon immer eine maßgebliche Rolle spielten und noch spielen⁵². Nicht überzeugend ist insoweit der Einwand⁵³, daß diese geschichtliche Entwicklung nicht beweiskräftig sei, weil sich die kommunale Energieversorgung "nicht in Wettbewerbsprozessen als überlegen erweisen mußte" und der "historische Zufall" die Gemeinden mit einem "Produktionsmonopol"⁵⁴ bedacht habe, was wohl kaum als "un-

49) Vgl. dazu ausführlich Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 219 ff. sowie bei Depenbrock, Die Stellung der Kommunen bei der Energiewirtschaft, S. 1 ff.

50) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 31; Stern-Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 170; Stern, AfK 1964, S. 81 ff. - S. 101 unter Hinweis auf die Verbundwirtschaft.

51) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 37.

52) Scheuner, a.a.O. (FN 16), S. 1 ff. - S. 22.

53) Gröner, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, S. 128.

54) In diesem Sinn auch Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Bd. 2, S. 34 ff. - S. 58 f., der davon spricht, daß der zufällige Umstand des Wegemonopols der Gemeinden zur Wesenseigentümlichkeit der Gemeinden erhoben werde und daß das Wegerecht nur eine nützliche Grundlage für die Durchführung der Versorgung sei, aus der noch kein Versorgungsrecht folge.

vergänglicher Verdienst" ausgelegt werden könne. Dem ist entgegenzuhalten, daß es für die gemeindliche, lokale Energieendverteilung völlig unerheblich ist, ob sich diese in Wettbewerbsprozessen durchsetzen mußte oder nicht. Auch wird die diesbezügliche Kompetenz durchwegs nicht als unvergänglicher Verdienst betrachtet, vielmehr stets die dynamische Funktion der Selbstverwaltungsgarantie, die nicht einen Status quo an Aufgaben gewährleistet, klar herausgestellt. Ebenfalls unzutreffend ist es, die gemeindliche Energieversorgung unter Verwendung der Begriffe "historischer Zufall" und "Produktionsmonopol" in eine auf die Selbstverwaltungsgarantie bezogene akzidentielle Rolle abdrängen zu wollen. Die Gemeinden erkannten nämlich sehr bald ihre kommunale Ordnungsaufgabe in bezug auf die örtliche Energieversorgung und fühlten sich demgemäß für diese zuständig. Es handelt sich hierbei um eine essentiell prägende Erscheinung der Selbstverwaltung⁵⁵, die nicht akzidentuell zugefallen ist.

3. Kommunale Energieversorgungskompetenz und Gemeindewirtschaftsrecht

Die herausragende Stellung und Bedeutung gemeindlicher Betätigung auf dem Gebiet der örtlichen Energieversorgung wird nicht zuletzt bei einer Betrachtung des Verhältnisses von gemeindlicher Energieversorgungskompetenz und Gemeindewirtschaftsrecht deutlich. Die gemeindewirtschafts-

55) Stern, a.a.O. (FN 3), S. 37.

rechtlichen Bestimmungen der Länder⁵⁶ sind im wesentlichen eine Fortführung der Vorschrift des Art. 67 DGO. Sie betreffen die Errichtung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen und binden diese an das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks, an ein angemessenes Verhältnis von Leistungsfähigkeit der Gemeinde und voraussichtlichem Bedarf sowie daran, daß der betreffende Zweck nicht ebensogut oder besser durch einen anderen erfüllt werden kann. Entspricht ein beabsichtigtes Wirtschaftsunternehmen diesen Voraussetzungen nicht, so hat sich die Gemeinde des Vorhabens zu enthalten. Diese grundsätzliche Aussage hat keine Gültigkeit im Bereich der örtlichen Energieversorgung. Hier gelten Besonderheiten. Grundlegende Bedeutung in dem Zusammenhang beansprucht das Urteil des BayVerfGH vom 23.9.1957⁵⁷. In dieser Entscheidung hatte der BayVerfGH die Verfassungsmäßigkeit von Art. 75 Abs. 1 und 2 BayGO (heute Art. 89 Abs. 1 und 2 BayGO) hinsichtlich gemeindlicher Versorgungs- und Verkehrsbetriebe zu beurteilen. Das Gericht ging davon aus, daß die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft den Gemeinden über Art. 11 Abs. 2, 83 Abs. 1 BV verfassungsrechtlich garantiert sei und in ihrem Wesensgehalt unangetastet bleiben müsse. Im einzelnen wurde dazu folgendes ausgeführt: "Auf dem Gebiete der Selbstverwaltung kommt den gemeindlichen Versorgungsbetrieben und örtlichen Verkehrsunternehmen eine ganz besondere Bedeutung zu. Die Versorgung mit Wasser, Gas, Licht und elek-

56) S. Einleitung FN 18. Eine ausdrückliche Berücksichtigung finden Konzessionsverträge lediglich in § 107 Abs. 1 BWGO, s. dazu Kulartz, a.a.O. (FN 47) S. 39 m.w.N.

57) BayGVBl. 1958, S. 13 ff.

trischer Kraft sowie die Bereitstellung öffentlicher Verkehrsmittel dienen der Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse der Bevölkerung. Sie stehen überdies in unlösbarem Zusammenhang mit der Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben, insbesondere der Gesundheitspflege, der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der örtlichen Planung. Es ist deshalb unerläßlich, daß die Versorgungsbetriebe krisenfest sind und daß sie ihre Leistungen stetig darbieten; die dauernde und ungestörte Versorgung der Bevölkerung muß unbedingt gesichert sein. Weiter muß auch gewährleistet sein, daß die Leistungen zu sozial gerechtfertigten Bedingungen erbracht werden. Die Führung der Versorgungsbetriebe ist daher eine Aufgabe, die nicht an bloßen Erwerbschancen orientiert sein darf; sie ist vielmehr nach wesentlich politischen (wirtschafts- und sozialpolitischen) Grundsätzen zu erfüllen; darum zählt die Unterhaltung der Versorgungsbetriebe zu den Verwaltungsaufgaben im engeren Sinne, die durch das Moment der Notwendigkeit ausgezeichnet sind." Der BayVerfGH kommt zu dem Ergebnis, daß gemeindliche Versorgungsbetriebe nicht gleichgesetzt werden können mit wirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des Gemeindefinanzrechts. Dies seien vielmehr nur solche Unternehmen, "deren Zweck in erster Linie darauf gerichtet ist, an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilzunehmen und dabei Gewinn zu erzielen"⁵⁸. Eine verfassungskonforme Interpretation der Bestimmungen des Gemeindefinanzrechts kann somit nur in der Weise erfolgen, daß diese nicht auf die Errichtung von gemeindlichen

58) A.a.O. (FN 57), S. 18.

Versorgungsunternehmen anwendbar sind. Allein eine solche Auslegung wird der Bedeutung und dem Gewicht der gemeindlichen Energieversorgungskompetenz gerecht. Die gemeindliche Sorge um eine gesicherte und gleichmäßige Energieversorgung des Gemeindegebiets muß damit sogar zu den Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis gerechnet werden.

4. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich damit feststellen, daß die gemeindliche Energieversorgung zumindest in der Form der Energieverteilung der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie unterfällt⁵⁹. Den Gemeinden steht damit die Kompetenz zur Energieverteilung zu. Wie sie diese Kompetenz wahrnehmen, ob in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Form, bleibt den Gemeinden gemäß ihrer eben-

59) So ausdrücklich auch BVerfGE 6, S. 104 ff. - S. 116; Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 16, 27; Jacobi, Elektrizitätsversorgung - eine kommunale Aufgabe, S. 41 ff. - S. 49; in diesem Sinn auch die EntschlieÙung der kommunalpolitischen Vereinigung der CDU/CSU vom 4.12.1970, abgedr. in VKU (Hrsg.), Erklärungen zur kommunalen Versorgungswirtschaft, S. 33; Scholz, DÖV 1976, S. 441 ff. - S. 448; Stern, a.a.O. (FN 3), S. 37 nimmt zu Recht an, daß sich diese Kompetenz nicht als akzidentiell zugefallen ansehen läßt; ders., ebenso in AfK 1965, S. 81 ff. - S. 89; Scheuner, a.a.O. (FN 16), S. 1 ff. - S. 27, betont, daß die Tätigkeit der Gemeinden bei der Energieversorgung unter dem Gedanken des Sozialstaats eine ihnen besonders zugefallene Aufgabe sei; zweifelnd Weber, a.a.O. (FN 17), S. 48.

falls vom Selbstverwaltungsrecht umfaßten Hoheitsmacht überlassen⁶⁰.

Für die konkrete Form der Ausübung der Energieverteilungskompetenz ergeben sich verschiedene mögliche Formen⁶¹, die von öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisierten Eigenunternehmen der Gemeinde über Unternehmen, an denen die Gemeinde nur eine Beteiligung hält bzw. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bis hin zur vertraglichen Indienstnahme von Privatunternehmen zum Zweck der Versorgung der Bevölkerung mit Energie (sogenannte Konzessionierung).

Auch die vertragliche Indienstnahme von Energieversorgungsunternehmen durch Gemeinden im Weg des Abschlusses von Konzessionsverträgen ist vom grundgesetzlich garantierten Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung umfaßt⁶².

60) Scholz, a.a.O. (FN 13), S. 38.

61) Vgl. dazu Scholz, a.a.O. (FN 13), S. 39 f.

62) So auch Stern/Püttner, a.a.O. (FN 12), S. 162, die noch ausdrücklich darauf hinweisen, daß die Verantwortung der Gemeinde für die Versorgung auch im Fall der Konzessionierung bestehen bleibt.

C. Das Straßenrecht als konzessionsvertraglicher Anknüpfungspunkt

Einen wesentlichen Bestandteil eines jeden Konzessionsvertrags bildet die von den Gemeinden erklärte ausschließliche Einräumung eines Benutzungsrechtstitels an den öffentlichen Straßen im Gemeindegebiet zugunsten des jeweiligen Versorgungsunternehmens. Dem mit der Aufgabe der Durchführung der örtlichen Energieversorgung betrauten Unternehmen wird dadurch gestattet, den Straßenraum zur Verlegung von Versorgungsleitungen zu benutzen. Die Konzessionsverträge kommen damit in den Anwendungsbereich des Straßenrechts. Als Rechtsgrundlagen einschlägig sind das Bundesfernstraßengesetz vom 6.8.1953, durch das erstmals eine einheitliche Regelung des materiellen Straßenrechts für die Bundesautobahnen und Bundesfernstraßen getroffen wurde sowie die Straßengesetze der Länder, die weitgehend den Regelungen des Bundesfernstraßengesetzes nachgebildet sind¹.

Bevor im einzelnen auf die rechtskonstruktiven Bezüge von Konzessionsverträgen im Hinblick auf die straßenrechtliche Lage eingegangen werden kann,

1) S. dazu: BFStrG i.d.F. v. 1.10.1974 (BGBl. I, S. 2413); BWStrG v. 20.3.1964 (GBl. S. 127); BayStrWG i.d.F. v. 5.10.1981 (GVBl. S. 448); BremLStrG v. 20.12.1976 (GBl. S. 341); HessStrG v. 9.10.1962 (GVBl. I, S. 437); NdsStrG i.d.F. v. 24.9.1980 (GVBl. S. 359); NRWStrWG i.d.F. v. 1.8.1983 (GVBl. S. 306); RhPfLStrG i.d.F. v. 1.8.1977 (GVBl. S. 274); SaarlStrG i.d.Bek. v. 15.10.1977 (ABl. S. 969); SHStrWG i.d.F. v. 30.1.1979 (GVBl. S. 163). In der Konzeption der Benutzungsordnung demgegenüber anders: BlnStrG i.d.F. v. 9.6.1964 (GVBl. S. 693) und HbgWG i.d.F. v. 22.1.1974 (GVBl. S. 41).

erscheint es zunächst geboten, einige allgemeine Strukturprinzipien des Straßenrechts darzustellen, insbesondere den Status der öffentlichen Straße als einer öffentlichen Sache.

I. Die Widmung

Die öffentlichen Straßen werden von Verwaltungsträgern zur Verfügung gestellt. Sie dienen durch ihren Gebrauch unmittelbar dem Gemeinwohl und unterliegen im Rahmen ihrer Zweckbestimmung öffentlichrechtlichen Reglementierungen. Sie fallen damit in den Bereich der öffentlichen Sachen². In dieser Hinsicht sind sie kein Naturereignis, denn ihnen haftet diese Eigenschaft nicht von vorneherein an. Zur Erlangung des Rechtsstatus einer öffentlichen Sache bedarf es stets eines besonderen Rechtsaktes, sieht man einmal von Meeresstränden oder Alpengletschern ab, die bereits aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit öffentliche Sachen sind³.

1. Rechtsnatur der Widmung, Zuständigkeiten

Das rechtstechnische Mittel zur Erreichung des öffentlichen Status einer öffentlichen Straße bildet das Institut der Widmung. Erst durch die Widmung erhält eine Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße. Durch sie wird die Straße in einem

2) Gemäß der Definition von Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 56 III b gehören die öffentlichen Straßen zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinn, weil sie von Zivilpersonen benutzt werden.

3) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 377.

noch näher darzustellenden Umfang einem öffentlich-rechtlichen Regime der Straßengesetze unterstellt. Durch die Widmung wird jedoch kein öffentliches Eigentum im Sinne einer ausschließlich hoheitlichen Sachherrschaft begründet⁴. Ihrer Rechtsnatur nach ist die straßenrechtliche Widmung ein konstitutiver Verwaltungsakt in der Form der Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG)⁵. Zuständig zur Widmung sind nach näherer Maßgabe des Bundesfernstraßengesetzes wie der Länderstraßengesetze die für die jeweiligen Straßenklassen zuständigen Straßenbaubehörden. Gemessen an der rechtlichen Auswirkung der Widmung - der Unterstellung der Straße als öffentliche Sache unter das Sonderrecht der Straßengesetze⁶ - ist die Zuständigkeit eines öffentlichen Rechtsträgers zur Widmung eine Selbstverständlichkeit, die Rechtsmacht einer Privatperson wäre dazu nicht ausreichend⁷.

-
- 4) Eine Ausnahme bildet § 4 HbgWG. Zum Rechtsbegriff des öffentlichen Eigentums s. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., 2. Aufl., S. 71 ff.
- 5) Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 56 II e; Schwarze in: Knack (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Anm. 5.2.7. zu § 35; Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rdnr. 67; Meyer/Borgs-Marciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rdnr. 71; Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rdnr. 132; a.A. Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 35 Rdnr. 235.
- 6) Dies ist im Hinblick auf die öffentliche Zweckbestimmung der Straße wichtig; dazu, daß zu deren Erfüllung die Normen des Privatrechts nicht ausreichen, Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 I.
- 7) Sieder/Zeitler/Kreuzer/Zech, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Art. 6 Rdnr. 43.

2. Die rechtliche Position des Straßeneigentümers
im Verhältnis zu den anderen an der Straße be-
teiligten Rechtsträgern

Bei der Widmung darf die Rolle des Straßeneigentümers nicht übersehen werden. Wenn man bedenkt, daß eine Straße - oder besser: ein Straßengrundstück - erst durch die Widmung zu einer öffentlichen Straße gemacht wird, so ist hier gleichzeitig für die Rechtslage vor der Widmung daran zu erinnern, daß zu dieser Zeit das betreffende Grundstück ausschließlich der Ordnung des bürgerlichen Rechts unterstand. Der Eigentümer des Straßengrundstücks ist als solcher im Sinne des bürgerlichen Rechts mit einer umfassenden Herrschaftsmacht über seine Sache ausgestattet. Er ist befugt, gemäß § 903 BGB mit ihr nach Belieben zu verfahren und Dritte von jeder Einwirkung auszuschließen⁸. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist in dem Zusammenhang die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG von Bedeutung⁹. Die Straßengesetze sehen demgemäß als Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Widmung¹⁰ vor, daß die widmende Behörde sich die Verfügungsmacht über das für die

8) S. dazu Palandt/Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., § 903 Anm. 1 ff.; Sacker in: Rebmann/Sacker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 903 Rdnr. 5 f. sowie Kodal/Krämer (Hrsg.), Straßenrecht, 5. Kap. Rdnr. 21.

9) So auch Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 56 IV a 1; ebenso Sieder/Zeitler/Kreuzer/Zech, a.a.O. (FN 7), Art. 6 Rdnr. 15.

10) Nicht als Tatbestandsmerkmal, vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 56 IV a 2. Dies hat Folgen für eine ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgte Widmung, diese ist wirksam, aber durch Anfechtung vernichtbar. S. dazu auch Papier, Recht der öffentlichen Sachen, S. 49 f.

Straße bestimmte Grundstück beschafft hat. Diese kann insbesondere auch in der Zustimmung des Eigentümers liegen. Mit seinem Einverständnis erkennt der Eigentümer den Widmungszweck und die Widmungswirkung an, er begibt sich, soweit die Widmung reicht, seiner ihm zustehenden Eigentumsrechte¹¹. Durch privatrechtliche Verfügungen kann der Eigentümer die Wirkungen der Widmung nicht mehr rückgängig machen¹². Sein Grundstück ist durch den Akt der Widmung einer öffentlichrechtlichen Belastung unterworfen¹³, die Eigentumsrechte leben in vollem Umfang erst wieder mit der Einziehung der Straße auf¹⁴.

Solange das Straßengrundstück nach erfolgter Widmung der Öffentlichkeit dient, ist damit nach der Systematik der Straßengesetze die Rechtsstellung des Eigentümers stark eingeschränkt, aber nicht aufgehoben¹⁵.

Zusammenfassend läßt sich damit feststellen, daß an der Herrschaftsmacht über die öffentliche Stra-

11) S. dazu ausführlich Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 5. Kap. Rdnr. 23 und 7. Kap. Rdnr. 4.

12) Die öffentliche Straße steht damit aber nicht außerhalb des Rechtsverkehrs, es ist lediglich die Verfügungsbefugnis des Eigentümers beschränkt, vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 II a; so auch Sieder/Zeitler/Kreuzer/Zech, a.a.O. (FN 7), Art. 6 Rdnr. 69 ff.

13) Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 5. Kap. Rdnr. 21.1.

14) Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 56 V c.

15) Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 II; Sieder/Zeitler/Kreuzer/Zech, a.a.O. (FN 7), Art. 6 Rdnr. 69 ff.

Be mehrere Rechtsträger¹⁶ beteiligt sind. Dies sind der Eigentümer, der trotz der Widmung seines Eigentums nicht völlig verlustig geht und der Straßenbaulastträger¹⁷, der durch die Widmung das Straßengrundstück einer öffentlichrechtlichen Belastung unterwirft. Dazu kommt auf der öffentlichrechtlichen Seite noch die Straßenaufsichtsbehörde, die die Aufgabenerfüllung des Straßenbaulastträgers überwacht, indes aber nicht über eine sachenrechtliche Position an der Straße verfügt. Die Rechtslage der öffentlichen Straße wird damit bestimmt durch ein Nebeneinander von privatrechtlicher Herrschaftsbefugnis und öffentlichrechtlicher Straßenhoheit. Diese Erscheinung, die ein allgemeines Strukturprinzip der öffentlichen Sachen darstellt, wird üblicherweise und traditionell als dualistisches Prinzip bezeichnet¹⁸.

Nicht unerwähnt darf bleiben, daß der dualistische Status der öffentlichen Sachen nicht das allein denkbare Konstruktionsprinzip darstellt. Von Bedeutung in

16) Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 II.

17) Dessen Funktion besteht im Bau und der Unterhaltung der öffentlichen Straßen, weil der Eigentümer dazu nicht verpflichtet ist, vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 III b.

18) Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 57 I g bezeichnet dies als Konstruktion eines modifizierten Privateigentums. Ihre geschichtlichen und konstruktiven Grundlagen findet diese überkommene gemischtrechtliche Theorie von den öffentlichen Sachen in der deutschrechtlichen Regalität sowie in der Fiskustheorie. Von Bedeutung war auch das Fehlen einer Staatshaftung, dieses nötigte zu einer privatrechtlichen Konstruktion der Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Sachen, s. dazu Bartlsperger, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, passim.

dem Zusammenhang ist die von Otto Mayer¹⁹ unter Anknüpfung an das domaine public des französischen Rechts entwickelte Theorie vom öffentlichen Eigentum, die den öffentlichen Sachen einen rein öffentlichrechtlichen Status vermittelt. Auf dem Gebiet des Straßenrechts steht das Hamburgische Wegegesetz²⁰ direkt in der Tradition Otto Mayers. Auf einer öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise basieren auch die Auffassungen von Stern²¹ und Hardinghaus²², die zwar formell an der gemischtrechtlichen Theorie festhalten, dem privatrechtlichen Eigentum an den öffentlichen Sachen aber solange die Widmung besteht nur noch eine "statistische Position" (Stern) zuerkennen. Maunz²³ stellt wesentlich auf die Benutzungsordnung der öffentlichen Sachen ab und definiert diese von daher als verwaltungsrechtliches Benutzungsverhältnis. Bartlsperger²⁴ sieht das wesensprägende Element der öffentlichen Sachen nicht in deren Gegenständlichkeit, sondern in der Verwaltungstätigkeit, durch die sie

19) A.a.O. (FN 4).

20) S. FN 1.

21) VVDStRL 21, S. 183 ff.

22) Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, insbes. S. 107 ff.

23) Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, S. 70 ff., S. 228 ff.

24) In: Bonner Kommentar, Art. 90 Rdnr. 38; in: Zeidler/Maunz/Roellecke (Hrsg.), Festschrift Hans Joachim Faller, S. 81 ff. - S. 89 ff.; in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 13 ff. - S. 30 f.; Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 82; Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 12; Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, S. 188; DVBl 1979, S. 1 ff. - S. 13.

zur öffentlichen Benutzung zur Verfügung gestellt werden. Die öffentlichen Sachen sind danach eine die Sachnutzung gewährende Verwaltungsleistung, mit der eine Sachzuordnung in Form des bürgerlichen Eigentums unvereinbar ist²⁵.

II. Der Gemeingebrauch

1. Der Gemeingebrauch als Folge der Widmung

Folge der Widmung, durch die die Straße ihrer Verkehrsbedeutung nach in eine bestimmte Klasse eingeteilt wird, ist die Eröffnung des Gemeingebrauchs. Diese Rechtsfolge ist elementar, denn eine öffentliche Straße ohne Gemeingebrauch ist nicht denkbar²⁶. Legaldefinitionen des Gemeingebrauchs enthalten das Bundesfernstraßengesetz²⁷ sowie alle Länderstraßengesetze²⁸. Wenn auch die Formulierungen nicht einheitlich sind, so stimmen sie doch in ihrem sachlichen Gehalt überein. Gemeingebrauch ist danach die Benutzung der öffentlichen Straßen im Rahmen ihrer Widmung zum Verkehr. Soweit verschiedentlich der Umfang des Gemeingebrauchs noch dadurch näher beschrieben wird, daß er zusätzlich nur im Rahmen der

25) In diesem Sinn auch BVerfGE 42, S. 20 ff. - S. 32.

26) H.M., vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 56 I; Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 2; BVerfGE 40, S. 371 ff. - S. 378.

27) § 7 Abs. 1 BFStrG.

28) § 15 BWStrG, Art. 14 Abs. 1 BayStrWG, § 8 Abs. 2 BlnStrG, § 15 Abs. 1 BremLStrG, § 16 Abs. 1, 2 HbgWG, § 14 HessStrG, § 14 Abs. 1 NdsStrG, § 14 NRWStrWG, § 34 RhPflStrG, § 14 Abs. 1 SaarlStrG, § 20 Abs. 1 SHStrWG

Verkehrsvorschriften eröffnet sei, beanspruchen diese Festlegungen keine eigenständige Bedeutung. Es handelt sich insoweit um deklaratorische²⁹ und überflüssige³⁰ Hinweise, weil die Einhaltung der verkehrsbehördlichen Vorschriften bereits in den einschlägigen verkehrsrechtlichen Gesetzen (StVG, StVO und StVZO) vorausgesetzt wird³¹. Das Recht zum Gemeingebrauch ist jedermann ohne besondere Zulassung eröffnet³², er ist unentgeltlich und gebührenfrei.

Inhaltlich ist der Gemeingebrauch dadurch gekennzeichnet, daß er nur im Rahmen der Widmung und nur zum Verkehr besteht, wobei beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Die Erörterung der Bedeutung der Widmung im Rahmen des Gemeingebrauchs weist keine besonderen Probleme auf. So ist es zum Beispiel ohne weiteres einsichtig, daß die Benutzung einer Bundesautobahn mit einem Fahrrad nicht mehr zum Gemeingebrauch einer Bundesautobahn dienen kann, weil Bundesautobahnen Bundesfernstraßen sind, die nur für den Schnell-

29) So auch Hufnagel, Straßenbenutzung durch Anliegerwerbung, S. 109.

30) Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 29.

31) Demgemäß ist z.B. die Benutzung einer Straße zum Verkehr unter Mißachtung der Verkehrsvorschriften nicht als ein dem Gemeingebrauch nicht unterliegender Vorgang zu klassifizieren, es handelt sich dann immer noch um einen - wenn auch unzulässigen - Gemeingebrauch.

32) Im Sinn einer allgemeinen Gebrauchsmöglichkeit, vgl. Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 32.

verkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt sind³³. Bedeutender ist die gesetzliche Einschränkung des Gemeingebrauchs auf Benutzungen zu Verkehrszwecken.

2. Gemeingebrauch und Versorgungsleitungen

Die öffentliche Energieversorgung ist auf die Möglichkeit der Benutzung von öffentlichen Straßen zur Verlegung von Versorgungsleitungen angewiesen. Könnte eine solche Inanspruchnahme von Straßen unter den Begriff des Gemeingebrauchs eingeordnet werden, so wäre sie jedem Versorgungsunternehmen in straßenrechtlicher Hinsicht ohne besondere Zulassung und kostenfrei eröffnet.

- a) Gemeingebrauch bedeutet stets Straßenbenutzung für den Verkehr. Was die nähere Bestimmung des Gemeingebrauchs "zum Verkehr"³⁴ im einzelnen bedeutet, wird nicht ganz einheitlich beurteilt. Außer Zweifel steht jedoch, daß mit dem Begriff des Verkehrs Vorgänge der Fortbewegung im Sinne von Ortsveränderungen bezeichnet werden. Das Befahren von Straßen mit Kraftfahrzeugen und sonstigen Verkehrsmitteln sowie das Gehen und Laufen ist davon ohne weiteres umfaßt³⁵.

33) Für den umgekehrten Fall, daß eine Straße nicht für den Kraftfahrzeugverkehr gewidmet ist, vgl. Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 59 II b 3.

34) Vgl. z.B. Beißwanger, Öffentliches und privates Recht bei den Sondernutzungen nach dem Bayerischen Straßen- und Wegesetz, S. 98; Volkmar, Grundzüge des Sondernutzungsrechts nach den geltenden Straßen- und Wegesetzen des Bundes und der Länder, S. 73; Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnrn. 18 ff.

35) In diesem Sinn Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 58 II c 3 ; ebenso Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 21.1.

- b) Soweit verschiedentlich die Reichweite des Verkehrsbegriffs innerhalb der Gemeingebrauchsdefinition weiter ausgedehnt wird, kann dem nicht vorbehaltlos gefolgt werden. Insbesondere die Beförderung von Gasen, Flüssigkeiten oder elektrischer Energie in Leitungen, die in oder über Straßen verlegt sind, bedeutet keine verkehrsmäßige Benutzung der Straße³⁶. Die Argumente, die für eine solche Betrachtungsweise vorgebracht werden, nämlich daß durch den Transport von Energie die Absicht der Ortsveränderung verwirklicht werde und die Beschränkung des Verkehrsbegriffs auf den Personen- und Fahrzeugverkehr willkürlich und allenfalls aus der historischen Entwicklung verständlich sei, vermögen nicht zu überzeugen. Bereits die Vorrangstellung, die durch § 7 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BFStrG und auch in vielen Länderstraßengesetzen im Rahmen des Gemeingebrauchs dem fließenden vor dem ruhenden Verkehr eingeräumt wird, gibt eine Vorstellung von der gesetzgeberischen Intention hinsichtlich der gemeingebrauchlichen Arten des Verkehrs³⁷. Bedeutsamer noch ist in dem hier zu

36) So aber Beißwanger, a.a.O. (FN 36), S. 99; a.A. Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 20, für die Eingriffe in den Straßenkörper stets außerhalb des Verkehrszwecks der Straße stehen.

37) Vgl. dazu Kodal, DÖV 1960, S. 444 ff. - S. 447, der die Beschränkung des Gemeingebrauchs auf den Verkehr im engeren Sinn zusätzlich noch damit begründet, daß der moderne Kraftverkehr den Gemeingebrauch von Grund auf gewandelt habe sowie Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 24. Kap. Rdnr. 19.2; so auch Fickert, Aktuelle Fragen des Straßenrechts in Rechtspraxis und höchstrichterlicher Rechtsprechung, S. 34.

behandelnden Zusammenhang, daß die Straßengesetze³⁸ spezielle Regelungen für die Straßenbenutzung zu Zwecken der öffentlichen Energieversorgung enthalten. Die jeweiligen Vorschriften entsprechen dem straßenrechtlichen Bedürfnis einer Reglementierung der Inanspruchnahme von Straßen durch Energieversorgungsunternehmen und siedeln diese im Bereich der Sondernutzungen an. Sondernutzungen sind jedoch bereits ex definitione nicht Ausübung von Gemeingebrauch. Eine Interpretation der geltenden Straßensrechtslage dahingehend, daß Straßenbenutzungen zu Zwecken der öffentlichen Energieversorgung generell dem Gemeingebrauch unterfielen, ist demnach nicht möglich³⁹.

III. Das Recht der Sondernutzungen

1. Die Multifunktionalität der öffentlichen Straßen

Es hieße die Realitäten verkennen, wollte man sich der Einsicht verschließen, daß die öffentlichen Straßen einer Vielzahl von Benutzungsarten zugänglich sind, die nicht mehr mit dem Begriff der verkehrsmäßigen Nutzung im engeren Sinne bezeichnet

38) Mit Ausnahme des HbgWG, das durch die Einführung des öffentlichen Eigentums an Straßen auch eine gegenüber den übrigen Straßengesetzen gänzlich verschiedene Benutzungsordnung aufweist.

39) Auch die Rechtsprechung geht von einer restriktiven Auslegung des Gemeingebrauchsbegriffes aus, vgl. dazu BVerwG, DVBl 1970, S. 873 ff. - S. 874; BGH, DVBl 1979, S. 73 f. - S. 73; so wohl auch BVerfGE 40, S. 371 ff. - S. 380.

werden können, sondern zum Teil weit darüber hinausgehen. Angeführt werden kann hier z.B. die Veranstaltung von öffentlichen Versammlungen und das Verteilen von Flugblättern oder Werbezetteln, wie generell der gesamte Bereich der Straßenkommunikation. Die Inanspruchnahme der öffentlichen Straßen durch Telegraphenleitungen⁴⁰, Straßenbahnen und Oberleitungsomnibussen⁴¹ oder Eisenbahnen⁴² stellt in straßenrechtlicher Hinsicht ebenfalls einen Sondergebrauch dar. Von großer Bedeutung in dem Zusammenhang sind schließlich noch die Errichtung von Werbeträgern⁴³ wie Plakataanschlagflächen oder Litfaßsäulen auf Gehwegen und nicht zuletzt auch die Benutzung der öffentlichen Straßen durch die öffentliche Energieversorgung.

2. Die verschiedenen Arten der Sondernutzung im geltenden Straßenrecht

Der Bundesgesetzgeber wie auch die Landesgesetzgeber waren sich der mannigfaltigen Gebrauchsmöglichkeiten an öffentlichen Straßen bewußt und haben dafür umfassende gesetzliche Normierungen getroffen. Die Inanspruchnahme öffentlicher Straßen über den

40) S. dazu das Telegraphenwege-Gesetz v. 18.12.1899, BGBl. III 9021-1 und ausführlich dazu Bartlsperger in: Zeidler/Maunz/Roellecke (Hrsg.), Festschrift Hans Joachim Faller, S. 81 ff. - S. 92 ff.

41) S. dazu §§ 28 ff., 41 des Personenbeförderungsgesetzes v. 21.3.1961, BGBl. III 9240-1.

42) S. dazu das Eisenbahnkreuzungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.3.1971, BGBl. III 910-1

43) S. dazu die ausführliche Darstellung von Bartlsperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden sowie Schmidt-Tophoff, DVBl 1970, S. 17 ff.

Gemeingebrauch hinaus wird dabei durch die Vorschriften des Sondernutzungsrechts geregelt⁴⁴.

- a) Der Fülle der möglichen Gebrauchsarten und insbesondere dem Grad der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch die beabsichtigte Straßenbenutzung entsprechen enthalten das Bundesfernstraßengesetz und die ihm nachfolgenden Länderstraßengesetze keine einheitlichen Sondernutzungsstatbestände. Unterschieden wird vielmehr zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Sondernutzungen⁴⁵. Beiden gemeinsam ist, daß sie keinen Gemeingebrauch mehr darstellen. Sie weichen jedoch insofern voneinander ab, als der durch sie bewirkte Grad der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nicht derselbe ist⁴⁶. Sondernut-

44) § 8 Abs. 1, 10 BFStrG; §§ 18, 23 BWStrG; Art. 18, 22 BayStrWG; §§ 18, 19 BremLStrG; §§ 16, 20 HessStrG; §§ 18, 23 NdsStrG; §§ 18, 23 NRWStrG; §§ 41, 45 RhPflLStrG; §§ 18, 22 SaarlStrG; §§ 21, 28 SHStrWG. § 19 HbgWG und § 10 BlnStrG treffen ebenfalls Regelungen über den Gemeingebrauch überschreitende Straßenbenutzungen, unterscheiden sich jedoch rechtskonstruktiv erheblich von den entsprechenden Normierungen des BFStrG wie auch der übrigen Länderstraßengesetze.

45) Dieser Unterscheidung entspricht auch die Aufführung der einschlägigen Rechtsgrundlagen in FN 44. Die jeweils zuerst genannte Vorschrift bezeichnet dabei den öffentlichrechtlichen Sondernutzungsstatbestand, die andere den privatrechtlichen.

46) Böttcher, Rechtsprobleme bei der Kreuzung öffentlicher Wege mit Energieversorgungsleitungen, S. 69, bezeichnet diese Aufspaltung als unerfreulich, insbesondere bezweifelt er, ob das Merkmal der Gemeingebrauchsbeeinträchtigung überhaupt ein fest umrissener und praktikabler Begriff sein könne; vgl. weiterhin ders., DÖV 1969, S. 491 ff. - S. 492.

zungen, die den Gemeingebrauch beeinträchtigen können, werden als öffentlichrechtliche Sondernutzungen bezeichnet und in öffentlichrechtlicher Form eingeräumt. Privatrechtliche Sondernutzungen berühren demgegenüber den Gemeingebrauch nicht. Ihre Zulassung erfolgt durch privatrechtlichen Gestattungsakt. Eine demgegenüber andere rechtliche Konstruktion weisen lediglich die Straßengesetze von Berlin und Hamburg auf. Das HbgWG normiert in Konsequenz des dort eingeführten öffentlichen Straßeneigentums nur einen einheitlichen - öffentlichrechtlichen - Sondernutzungstatbestand (§ 19 HbgWG). Auch das BlnStrG kennt nur eine einzige Form der Sondernutzung. Gemeingebrauchsrelevante und gemeingebrauchsbeeinträchtigende Sondernutzungen werden hierbei durch § 10 BlnStrG derselben rechtlichen Reglementierung unterworfen.

- b) Die Inanspruchnahme öffentlicher Straßen für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung erlaubt im Bundesfernstraßengesetz und den nach ihm geschaffenen Straßengesetzen der Länder eine besondere rechtskonstruktive Regelung⁴⁷. Mit teilweise voneinander abweichendem Wortlaut, aber der Sache nach übereinstimmend ordnen diese Vorschriften Straßenbenutzungen, die der öffentlichen Versorgung dienen, in den Bereich des privatrechtlichen Sondernutzungstatbestandes ein. Voraussetzung dafür ist allerdings in der Regel, daß dabei der Gemeinge-

47) § 8 Abs. 10 BFStrG; § 23 Abs. 1 BWStrG; Art. 22 Abs. 2 BayStrWG; § 19 BremLStrG; § 20 Abs. 1 HessStrG; § 23 Abs. 1 NdsStrG; § 23 Abs. 1 NRWStrWG; § 45 Abs. 1 RhPflStrG; § 22 SaarLStrG; § 28 Abs. 1 Nr. 2 SHStrWG.

brauch nur für kurze Dauer beeinträchtigt wird⁴⁸. Der Grund für diese Sonderregelungen liegt in den besonderen Wünschen der Versorgungswirtschaft, die bei der Kodifizierung des Straßenrechts nicht auf die traditionell privatrechtliche Einräumung des straßenrechtlichen Benutzungszustitels verzichten wollten⁴⁹.

3. Die dogmatischen Grundstrukturen der Sondernutzungstatbestände in den Straßengesetzen

Eine in rechtsdogmatischer Hinsicht einwandfreie rechtliche Regelung der Inanspruchnahme von Straßen über den Gemeingebrauch hinaus weisen nur die Straßengesetze von Berlin und Hamburg auf.

- a) Das BlnStrG vollzieht in konsequenter Weise den von ihm zugrundegelegten dualistischen Status der öffentlichen Straßen auch im Bereich des Sondernutzungsrechts. Jede nicht mehr gemeingebrauchliche Straßenbenutzung steht nach § 10 Abs. 1 BlnStrG unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Straßeneigentümers wie auch einer straßenaufsichtlichen Genehmigung. Das BlnStrG steht damit ganz auf dem Boden der gemischtrechtlichen Theorie von den öffentlichen Sachen. Entsprechend der Regelung in § 8 Abs. 1 BlnStrG, nach der das Eigentum an öffentlichen Straßen Privateigentum ist, das durch die Bestimmung der Straße für den Gemeingebrauch beschränkt ist, liegt der Rechtsgrund jeglicher Sondernutzung im Privateigentum am Straßengrundstück.

48) § 23 Abs. 1 BWStrG und § 28 Abs. 1 Nr. 2 SHStrWG verzichten auf das Erfordernis der nur kurzfristigen Gemeingebrauchsbeeinträchtigung.

49) S. dazu ausführlich Marschall in: Börner (Hrsg.), Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, S. 1 ff. - S. 8.

Eine ähnlich konsequente, wenn auch rechtskonstruktiv gänzlich anders geartete Regelung weist das HbgWG auf. Gemäß § 4 HbgWG stehen die öffentlichen Straßen in öffentlichem Eigentum. Dieses begründet eine hoheitliche Sachherrschaft. Die Anwendung von Vorschriften des bürgerlichen Rechts ist damit in ganz grundsätzlicher Weise ausgeschlossen. Sondernutzungen bedürfen demgemäß ausschließlich einer behördlichen Erlaubnis. Diese wird von der Wegeaufsichtsbehörde erteilt.

- b) Das Bundesfernstraßengesetz wie auch die Straßengesetze der übrigen Länder gehen in bezug auf die sachenrechtliche Lage der öffentlichen Straßen von der Theorie des modifizierten Privateigentums aus. Ihre Grundposition ist in dem Zusammenhang derjenigen des BlnStrG vergleichbar. Im Gegensatz zu dessen klarer Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts sind die dementsprechenden Normierungen einer in jeder Weise einleuchtenden Erklärung jedoch nicht mehr zugänglich.

Eine bedenkliche gesetzgeberische Entscheidung stellt bereits die Schaffung von zwei verschiedenen Arten der Sondernutzung je nach dem Grad der durch sie bewirkten Gemeingebrauchsbeeinträchtigung dar. Das Kriterium der Gemeingebrauchsbeeinträchtigung ist keinesfalls geeignet, irgendwelche rechtlichen Folgen in bezug auf den Rechtsgrund und die Rechtsform, in der eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen ist, auszulösen. Jede Sondernutzung ist begrifflich bestimmt durch ein Überschreiten des Gemeingebrauchs. In rechtsdog-

matischer Hinsicht kann es dabei keinen Unterschied machen, ob die beabsichtigte Straßennutzung den Gemeingebrauch beeinträchtigen kann oder nicht. Allenfalls auf pragmatischem Hintergrund ist in dem Zusammenhang zu verstehen, daß die Straßengesetze die Regelungskompetenz für beide Arten der Sondernutzungen demselben Rechtsträger, nämlich dem Straßenaustträger zugewiesen haben.

Was die Sonderregelungen der Straßengesetze für die öffentliche Versorgungswirtschaft angeht, bleibt festzuhalten, daß diese besonderen gesetzlichen Normierungen in dogmatischer Hinsicht nicht mehr unter Zugrundelegung rechtlicher Beurteilungskriterien verständlich sind. Mag damit auch der Regelungsbedürftigkeit der leitungsgebundenen Energieversorgung entsprechend den Wünschen derer Vertreter Genüge getan worden sein, so stellt doch die Art und Weise, in der dies geschah, in ganz besonderer Weise einen Fremdkörper im System des Sondernutzungsrechts dar. Die Kurzfristigkeit der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ist dabei nämlich noch weniger als bereits das Kriterium der Gemeingebrauchsbeeinträchtigung in der Lage, eine dem sachenrechtlichen Status der öffentlichen Straßen entsprechende und angemessene Regelung darzustellen.

- c) Die Unzulänglichkeiten in der Rechtskonstruktion des Sondernutzungsrechts des Bundesfernstraßengesetzes und der ihm folgenden Landesstraßengesetze hatten und haben eine Vielzahl von kritischen Stellungnahmen zur Folge. Unter-

schieden werden können dabei grundsätzlich zwei verschiedene Ansatzpunkte.

aa) Auf der einen Seite setzt die Kritik am Gesetzgeber an den die öffentlichrechtliche Sondernutzung regelnden Tatbeständen an, die eine Beteiligung des Straßeneigentümers bei der Einräumung des Benutzungsrechtstitels nicht ausdrücklich vorsehen. Ausgehend davon, daß der Eigentümer des Straßengrundstücks gesetzlich nur zur Duldung von gemeingebräuchlichen Straßenbenutzungen verpflichtet sei, wird die Meinung vertreten, daß § 8 Abs. 1 BFStrG und die entsprechenden Länderregelungen nicht abschließend seien. Erforderlich sei neben der öffentlichrechtlichen Erlaubnis stets auch eine privatrechtliche Gestattung der Straßenbenutzung⁵⁰. Eine Auffassung, die im Falle des § 8 Abs. 1 BFStrG die alleinige Kompetenz der Straßenbaubehörde begründet sehe, liefe auf eine "kalte Sozialisierung des Wegeeigentums" hinaus⁵¹.

bb) Eine ganz andere Betrachtungsweise eröffnet sich, wenn man den Umfang der Zweckbestimmung der öffentlichen Straße weiterzieht als die Nutzungsmöglichkeiten im Rahmen des Gemeingebrauchs. Aus einer solchen Sicht die-

50) In diesem Sinne: Zippelius, DÖV 1958, S. 838 ff. - S. 846; ders., DÖV 1980, S. 923 f.; Salzwedel, in: v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S. 615 ff. - S. 638 f.; ders., DÖV 1963, S. 241 ff. - S. 244; Böttcher, a.a.O. (FN 46), S. 77 ff.; Volkmar, a.a.O. (FN 34), S. 132 ff.; a.A. BayObLG, DÖV 1980, S. 728 f. - S. 729; BGH, NVwZ 1983, S. 499 f. - S. 500.

51) Salzwedel, a.a.O. (FN 50), S. 640.

nen die öffentlichen Straßen nicht nur der Befriedigung von Verkehrsbedürfnissen, sie sind darüber hinaus für eine Vielzahl anderer Nutzungs- und Benutzungsmöglichkeiten bestimmt. Folge dieser Anschauung ist entsprechend dem Ausmaß der Erweiterung der öffentlichen Zweckbestimmung eine Zurückdrängung der aus dem Straßeneigentum entspringenden Befugnisse⁵².

- cc) Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, die Normstruktur der straßenrechtlichen Sondernutzungstatbestände im Detail zu analysieren. Es sei nur soviel erwähnt, daß bei der Normierung des Sondernutzungsrechts im Bundesfernstraßengesetz und den nach ihm konzipierten Länderstraßengesetzen neue gesetzgeberische Wege beschritten wurden, die anhand der herkömmlichen Theorien nicht vollständig einsichtig gemacht werden können. Der gemischtrechtliche Status der öffentlichen Straßen wurde zwar grundsätzlich insoweit beibehalten, als das Sondernutzungsrecht materiellrechtlich dem Eigentum verhaftet ist. Im Sinne einer publizistischen Auffassung von der öffentlichen Straße wurde

52) S. dazu bereits Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 26 ff. sowie Forsthooff, a.a.O. (FN 3), S. 395 f.; Hardinghaus, a.a.O. (FN 22), S. 107; Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 26. Kap. Rdnr. 7; Kastner, in: Marschall/Schroeter/Kastner, Bundesfernstraßengesetz, § 8 Rdnr. 2.1 und 2.2; Wolff/Bachof, a.a.O. (FN 2), § 59 II c; Ziegler, DVBl 1976, S. 89 ff. - S. 90; Salzwedel, ZfW 1962, S. 73 ff.; Biedenkopf/Kellmann, Die wege- und kartellrechtliche Problematik der Verlegung von Energieversorgungsleitungen für den Eigenbedarf, S. 10.

jedenfalls aber insoweit darüber hinausgegangen, als zur Erteilung von Sondernutzungen nur noch der Straßenbaulasträger zuständig ist, dem insoweit die Eigentumsausübungskompetenz übertragen ist.

4. Die öffentliche Straße als Verwaltungsleistung

Die Unzulänglichkeiten des Sondernutzungsrechts liegen nicht zuletzt darin begründet, daß sich die geltende Rechtslage als ein direkter Nachfolger einer feudalarrechtlichen Betrachtungsweise⁵³ erweist, deren Rezeption sich mit den gewandelten Gegenwartsverhältnissen nicht mehr in Einklang bringen läßt. Gleichwohl soll erwähnt werden, daß die Schwierigkeiten, die die rechtlichen Strukturen des Straßenrechts aufweisen, zumindest im Bereich der Nutzungsformen an der Straße in der Rechtsanwendungspraxis gut gemeistert werden. Dieser "technische Pragmatismus"⁵⁴ im Vollzug der Straßengesetze entbindet jedoch nicht von einer umfassenden Betrachtung, Evaluation und im Ergebnis auch Neubestimmung der dogmatischen Leitlinien des geltenden Straßenrechts⁵⁵.

- a) Die Crux der Straßengesetze liegt in der weitgehenden Aufrechterhaltung des traditionellen gemischtrechtlichen Status der öffentlichen Straße. Auf diesem Hintergrund ist eine sinnvolle Einfügung der öffentlichen Straßen in das System

53) Vgl. dazu Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 13 ff. - S. 38 f.

54) Bartlsperger, a.a.O. (FN 53), S. 14.

55) Bartlsperger, a.a.O. (FN 53), S. 15; s. dazu auch Marschall, a.a.O. (FN 49), S. 6 ff.

der Leistungsverwaltung nicht möglich. Es kann heute kein Zweifel mehr daran bestehen, daß die öffentlichen Straßen nicht ein Herrschaftsobjekt zugunsten des jeweils Verfügungsberechtigten darstellen, ihre Vorhaltung dient vielmehr dem Nutzen der Allgemeinheit im Sinne eines sozialstaatlichen Zur-Verfügung-Stellens⁵⁶.

Die öffentlichen Straßen sind ihrer Funktion nach geprägt durch das ausschließliche Moment der Fremdnützigkeit. In dieser Funktion weisen sie keine Ähnlichkeit mehr mit dem seiner Zielrichtung nach privatnützigen Eigentum des bürgerlichen Rechts auf. Es erscheint in dieser Hinsicht nicht mehr sinnvoll, davon auszugehen, daß die öffentlichen Straßen privater Herrschaftsbefugnis unterworfen sein sollten. Auch wenn die Ausübung der Eigentümerrechte in den geltenden Straßengesetzen in aller Regel den Straßenbaulastträgern übertragen sind, bleibt es doch dabei, daß diese ihre Befugnisse aus einem bürgerlich-rechtlichen Eigentum an der Straße ableiten und aufgrund dessen dem Grundsatz nach mit der öffentlichen Straße außerhalb deren öffentlicher Zweckbestimmung nach ihrem Belieben verfahren dürften.

Eine solche Betrachtungsweise wird der Funktion der öffentlichen Straßen und ihrer Bedeutung in keiner Weise gerecht. Bereits das Bundesverfassungsgericht⁵⁷ hat dazu geäußert,

56) Bartlsperger, a.a.O. (FN 18), S. 168; Stern, a.a.O. (FN 21), S. 211.

57) BVerfGE 42, S. 20 ff.

daß die öffentlichen Straßen "in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch Besonderheiten geprägt (sind), die mit dem Wesen und der Funktion des bürgerlichen Rechts kaum noch einen Zusammenhang aufweisen". Das Bundesverfassungsgericht begreift die öffentlichen Straßen als eine "Verwaltungsleistung", "die weder mit dem für das Privatrecht und keineswegs allgemeinen Sachbegriff des § 90 BGB, noch mit dem Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches sachgerecht erfaßt werden" könnte, sondern "ihrer Funktion nach eine vom bürgerlichen Recht abweichende Regelung der Sachherrschaft" forderten⁵⁸. Das Bundesverfassungsgericht zeigt mit dem Begriff der "Verwaltungsleistung" den richtigen Weg in der institutionellen Betrachtung einer Konzeption der öffentlichen Straßen auf. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum als Garant persönlicher Freiheit kann nicht mehr die Grundlage für den Rechtsstatus der öffentlichen Straßen sein, die ihrer Funktion nach nicht einen Selbstzweck der Verwaltung darstellen, sondern dazu bestimmt sind, der Allgemeinheit zu dienen.

Es läßt sich damit feststellen, daß der Sinngehalt des bürgerlich-rechtlichen Eigentums mit dem sachenrechtlichen Status der öffentlichen Straßen in ganz grundsätzlicher Hinsicht inkommensurabel ist. Es ist vielmehr so, daß das Eigentum des bürgerlichen Gesetzbuches und der Rechtsstatus der öffentlichen

58) BVerfGE 42, S. 20 ff. - S. 32.

Straßen institutionell auf völlig verschiedenen Ebenen angesiedelt sind. Verläßt man so den Boden der gemischtrechtlichen Statusbetrachtung der öffentlichen Straßen, so können diese nur bestimmt werden als Verwaltungsleistung unter einer hoheitlichen Sachherrschaft, die anstelle des bürgerlich-rechtlichen Eigentums im Sinne der gemischtrechtlichen Theorie tritt. Mit dem Begriff des öffentlichen Eigentums im Sinne Otto Mayers, der dem Hamburgischen Wegegesetz zugrundeliegt, wäre diese rechtliche Betrachtungsweise allerdings nicht zutreffend beschrieben⁵⁹. Der Begriff des Eigentums ist unabhängig davon, ob in bürgerlich-rechtlicher oder öffentlichrechtlicher Ausprägung, aufgrund seines individualbezogenen Wesensgehalts generell ungeeignet, die Rechtslage der öffentlichen Straßen zu bezeichnen, deren wesensmäßige Eigentümlichkeit in dem Bau und der Unterhaltung zum Nutzen aller liegt⁶⁰. Das Wesen der Verwaltungsleistung liegt damit nicht in einer personalen Funktionszuordnung, sondern in der Begründung einer "hoheitlichen Leistungspflicht 'an' der öffentlichen Sache" und "deren ausschließliche Zuordnung zum zuständigen Verwaltungsträger"⁶¹. Allein auf diese Weise können die dem

59) Bartlsperger, in: Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 43; ders., a.a.O. (FN 53), S. 22 f.; ders., a.a.O. (FN 18), S. 211; ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 13; Stern, a.a.O. (FN 21), S. 189.

60) Bartlsperger, DVBl 1979, S. 1 ff. - S. 13.

61) Bartlsperger, in: Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 28; ders., a.a.O. (FN 53), S. 30 f.; ders., a.a.O. (FN 18), S. 188; ders., a.a.O. (FN 60), S. 13; ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 12; ders., Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 82; s. dazu auch BVerfGE 61, S. 82 ff.

geltenden Straßenrecht innewohnenden Unzulänglichkeiten überwunden werden. Die Annahme eines bürgerlich-rechtlichen Eigentums an öffentlichen Straßen als konstruktives Element deren Sachenrechtsverhältnisses ist demgegenüber völlig entbehrlich⁶². Nur ein öffentlich-rechtlicher Leistungsstatus der öffentlichen Straßen macht den Weg frei zu einer umfassenden rechtlichen Ordnung der Rechtsvorgänge an öffentlichen Straßen⁶³, unter Berücksichtigung dessen, daß diese ihrer Funktion nach und realiter nicht nur dem allgemeinen Verkehr dienen, sondern auch das einzig geeignete Medium für eine Vielzahl anderer Benutzungsvorgänge darstellen. So mutet es nahezu anachronistisch an, die Inanspruchnahme von Straßen durch Versorgungsleitungen als Benutzung des Eigentums an der Straße zu betrachten, obwohl diese hierbei gerade in ihrer Eigenschaft als von der Leistungsverwaltung vorgehaltenen sächlichen Verwaltungssubstrats benutzt wird.

- b) Diese von der herrschenden Betrachtungsweise abweichenden institutionellen Sicht der dogmatischen Grundlagen der öffentlichen Straßen stehen zwar Einwände gegenüber, letztlich sind diese jedoch nicht durchschlagend.

62) Bartlsperger, a.a.O. (FN 60), S. 13; ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, S. 13; a.A. Stern, a.a.O. (FN 21), S. 203, der das Bestehen eines - allerdings stark eingeschränkten - Eigentums für erforderlich hält, um die Sache nicht zur res nullius werden zu lassen.

63) Bartlsperger, in: Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 39; ders., a.a.O. (FN 18), S. 183, 205.

Ins Feld geführt werden kann nicht, daß die Verwendung des Begriffs "Eigentum" in den Vorschriften der Art. 89 Abs. 1 GG und Art. 90 Abs. 1 GG eine institutionelle Vorgabe für eine statusrechtliche Betrachtung der ehemaligen Reichswasserstraßen bzw. Reichsautobahnen und Reichsstraßen darstelle. Diesen Regelungen kann eher das Gegenteil entnommen werden. Ihr Zweck besteht nämlich darin, eine Zergliederung der sachenrechtlichen Kompetenz auf private und öffentliche Rechtsträger zu vermeiden, um auf diesem Wege eine effektive Verwaltung der ehemaligen Reichswasserstraßen bzw. Reichsautobahnen und Reichsstraßen zu gewährleisten. Art. 90 Abs. 1 GG enthält damit eine Erweiterung der Regelung des § 3 Abs. 1 StRegG, die ihrerseits bereits dem Straßenbaulastträger die Ausübung der Eigentümerrechte übertragen hatte⁶⁴. Inhaltlich bezweckt die vermögensrechtliche Regelung der Art. 89, 90 GG eine Funktionalisierung zugunsten der öffentlichen Verwaltung⁶⁵, ihr kann damit in bezug auf die Aufrechterhaltung des gemischtrechtlichen Status der Reichswasserstraßen sowie Reichsautobahnen und Reichsstraßen keine Bedeutung beigelegt werden.

64) Vgl. dazu Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 5. Kap. Rdnr. 28.

65) Bartlsperger, in: Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 41; ders., a.a.O. (FN 53), S. 17 f.

Eine bürgerlich-rechtliche Konstruktion der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen ist auch angesichts des Kodifikationsprinzips des bürgerlichen Gesetzbuches (Art. 3, 55, 218 EGBGB) keine der Funktion der öffentlichen Straße adäquate Rechtsform, weil diese weder mit dem Sach- noch mit dem Eigentumsbegriff des BGB zutreffend umschrieben werden. Jedenfalls zwingt das Kodifikationsprinzip nicht zu einer Unterordnung der öffentlichen Straßen unter das bürgerliche Recht⁶⁶. Dies kann auch als höchststrichterlich geklärt gelten⁶⁷. Eine andere Frage ist, ob man daraus die Folgerung ziehen will, daß der öffentlich-rechtliche Leistungsstatus der öffentlichen Straßen eine bürgerlich-rechtliche Zuordnung exclu- diert, oder ob man lediglich eine Prävalenz einer öffentlich-rechtlichen Ordnung des Sachenrechtsverhältnisses der öffentlichen Straßen annimmt, die dem Gesetzgeber aber noch die Möglichkeit einer bürgerlich-rechtlichen Konstruktion läßt. In rechtssystema- tischer Hinsicht erscheint die Annahme eines exklusiven öffentlich-rechtlichen Rechtsstatus der öffentlichen Straßen zwin- gend⁶⁸; das Bundesverfassungsgericht hatte

66) Bartlsperger, a.a.O. (FN 53), S. 34.

67) BVerfGE 42, S. 20 ff. - S. 33; vgl. dazu auch BVerfGE 24, S. 367 ff. - S. 386.

68) Bartlsperger, a.a.O. (FN 53), S. 35.

diesbezüglich in seiner Entscheidung zum Hamburgischen Wegegesetz keine Veranlassung, sich dazu zu äußern, weil es hier nur um die Beurteilung der Zulässigkeit der Begründung von öffentlichem Eigentum an öffentlichen Straßen ging. Dies schließt aber angesichts der bereits vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Leitlinien eine Beurteilung des Rechtsstatus der öffentlichen Straßen in dem hier vertretenen Sinne keineswegs aus.

IV. Die konzessionsvertragliche Einräumung eines straßenrechtlichen Benutzungstitels

Die Beurteilung und rechtsdogmatische Einordnung des konzessionsvertraglich gewährten Straßenbenutzungsrechts zugunsten des jeweils versorgungsberechtigten Unternehmens hat sich an dem Ordnungsrahmen zu orientieren, der durch die Straßengesetze vorgegeben ist. Entsprechend der widmungsmäßigen Bestimmung der öffentlichen Straßen für den Verkehr muß festgestellt werden, daß der Straßenraum nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht der Benutzung durch die Verlegung von Versorgungsleitungen zu dienen bestimmt ist. Die Inanspruchnahme von öffentlichen Straßen für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung ist demnach stets eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Straßenbenutzung, mithin eine Sondernutzung. Das Bundesfernstraßengesetz sowie die Länderstraßen-

gesetze mit Ausnahme der von Hamburg und Berlin geben dafür eine besondere gesetzliche Regelung vor⁶⁹. Danach erfolgt die Zulassung zur Straßenbenutzung durch privatrechtlichen Gestattungsvertrag, wenn die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nur von kurzer Dauer ist. Der Begriff der kurzen Dauer wird entsprechend der Intention des Gesetzgebers, Versorgungsleitungen in aller Regel dem bürgerlichen Recht zu unterstellen, weitgehend extensiv ausgelegt⁷⁰ und nicht in einem Gegensatz zu einer langen Dauer, sondern zu einer andauernden Beeinträchtigung gesehen⁷¹. Dementsprechend werden nicht nur Kreuzungsleitungen, sondern auch Längsleitungen den Gemeingebrauch in der Regel⁷² nicht länger als für kurze Zeit beeinträchtigen⁷³. Zuständig zur Erteilung des straßenrechtlichen Benutzungsrechtstii-

69) S. FN 47. Das HbgWG und das BlnStrG weisen in dogmatischer Hinsicht für Straßenbenutzungen zu Zwecken der öffentlichen Energieversorgung im Vergleich zu sonstigen Sondernutzungen keine Besonderheiten auf.

70) S. dazu BVerwG, DVBl 1969, S. 312 ff. mit zustimmender Anm. von Schack, DVBl 1969, S. 314 f.; Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 27. Kap. Rdnr. 20; Kastner, a.a.O. (FN 52), § 8 Anm. 12.21 und 12.22; a.A. Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 13; Kulartz, Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, S. 38.

71) So insbes. Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 27. Kap. Rdnr. 20.

72) Dies entbindet jedoch nicht von der Pflicht, stets eine Beurteilung der Rechtslage anhand der Verhältnisse des Einzelfalls vorzunehmen, BVerwG, a.a.O. (FN 70), S. 312.

73) So für den Regelfall BVerwG, a.a.O. (FN 70).

tels ist der Straßenbaulastträger⁷⁴, dem die Ausübungskompetenz der Eigentümerrechte übertragen ist. Für Straßen im Gebiet von Gemeinden ist damit in aller Regel die Zuständigkeit der jeweiligen Gemeinde begründet⁷⁵.

Bei der Entscheidung über die Erteilung von straßenrechtlichen Benutzungstiteln für die örtliche Energieversorgung haben die Gemeinden nicht allein straßenrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen⁷⁶. Diese bilden im Fall einer straßenrechtlichen Unverträglichkeit der beabsichtigten Straßenbenutzung allenfalls eine äußerste Grenze. Viel bedeutsamer in dem Zusammenhang ist, daß die Gemeinden über die Einräumung von Benutzungstiteln zugunsten von Energieversorgungsunternehmen ihrer Aufgabe zur Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung nachkommen. Es sind dabei auch sämtliche damit zusammenhängenden öffentlichen Aufgaben, seien sie nun versorgungspolitischer, gemeindewirtschaftsrechtlicher oder energiewirtschaftsrechtlicher Natur, die über die Benutzung von öffentlichen Straßen geregelt werden können, Maßstäbe für das gemeindliche Handeln⁷⁷.

74) Nach §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 BlnStrG sind die Zustimmung des Straßeneigentümers und die Erlaubnis der Straßenaufsicht erforderlich. Nach § 19 Abs. 1 HgbWG bedarf es lediglich der Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde.

75) Die Gemeinden sind ganz überwiegend ohnehin Eigentümer der Straßengrundstücke. Dies liegt in der generellen Tendenz der Straßengesetze begründet, Eigentum an der Straße und Straßenbaulast in einer Hand zu vereinigen und diese Rechtslage auch aufrecht zu erhalten. Zur Rechtslage im Falle eines Wechsels der Straßenbaulast s. Hengst, Der Landkreis 1972, S. 199 ff.

76) Kodal/Krämer, a.a.O. (FN 8), 27. Kap. Rdnr. 6.1; Ziegler, DVBl 1976, S. 89 ff. - S. 92; Löhr, NVwZ 1983, S. 20 ff. - S. 21; a.A. Emmerich, ZfE 1977, S. 47 ff. - S. 51; Schmidt, NVwZ 1985, S. 167 ff. - S. 170.

77) So auch Scholz, a.a.O. (FN 70), S. 67 ff., insbes. S. 69; a.A. Bullinger, Die Mineralölfernleitungen, S. 44, nach dem lediglich die "guten Sitten" eine äußere Grenze für die jeweilige Vergabeentscheidung bilden.

D. Die Rechtsnatur des gemeindlichen Konzessionsvertrags

I. Die verschiedenen Betrachtungsweisen

Von der weitaus überwiegenden Meinung wird die Auffassung vertreten, bei den gemeindlichen Konzessionsverträgen handle es sich um rein privatrechtliche Verträge¹. Gelegentlich werden sie als gemischrechtliche Verträge² oder als rein öffentlich-

1) Bettermann, Die Auswirkungen der Gebietsreform auf die Verträge der Kommunen mit Energieversorgungsunternehmen, S. 57; Biedenkopf/Kellmann, Die wege- und kartellrechtliche Problematik der Verlegung von Energieversorgungsleitungen für den Eigenbedarf, S. 19; Börner, in: Börner (Hrsg.), Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, S. 124 ff. - S. 132; Fischerhof, DÖV 1957, S. 305 ff. - S. 310; Hoppe, DVBl 1965, S. 581 ff. - S. 581; Krömer, Energierechtliche Probleme bei der Beendigung von Konzessionsverträgen, S. 15; Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, I. S. 6; Lukes, Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung von Energie, S. 28 ff.; Marschall, in: Börner (Hrsg.), Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, S. 1 ff. - S. 6; Maunz, VerwArch 50, S. 315 ff. - S. 337; Münch, in: Thiemeyer (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen, S. 239 ff. - S. 247; Nessel Müller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 91; Niederleithinger, Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 80; Quack, AöR 91, S. 355 ff. - S. 357; Stern, AöR 84, S. 273 ff. - S. 323; BGHZ 15, S. 113 ff. - S. 116; BGHZ 37, S. 353 ff. - S. 355; BVerwG, DVBl 1969, S. 312 ff. - S. 312.

2) Hedrich, Die Verträge zwischen den Gemeinden (Gemeindeverbänden, Kreisen) und den Elektrizitätsgesellschaften über Stromversorgung, S. 121; Kodal/Krämer, Straßenrecht, 27. Kap. Rdnr. 70; Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 13 f., S. 65; ders., Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 156 f.; Stern, AöR 84, S. 273 ff. - S. 323 ff. für das Konzessionsverhältnis als Ganzes.

rechtliche Verträge³ beurteilt.

1. Die privatrechtlichen Theorien

- a) Hauptargument für die privatrechtliche Betrachtung ist die eigentumsrechtliche Regelung der Wegebenutzung⁴. Es wird diesbezüglich darauf verwiesen, daß das einem Energieversorgungsunternehmen eingeräumte Benutzungsrecht das Kernstück eines Konzessionsvertrags darstelle und damit die rechtliche Qualifizierung der Wegebenutzung für den Konzessionsvertrag insgesamt den Ausschlag gebe⁵. Die Gemeinden schlossen Konzessionsverträge nicht als Straßenbehörde, sondern als privatrechtliche Eigentümer der Grundstücksflächen⁶. Eine öffentlich-rechtliche Betrachtung der konzessionsvertraglichen Regelungen sei nicht möglich, weil in Konzessionsverträgen weder Hoheitsrechte geregelt, noch öffentlich-rechtliche Pflichten begründet würden⁷. Soweit über-

-
- 3) Eiser/Riederer/Oberholte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, V, S. 38 f.; Kulartz, Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, S. 44; Schack, VerwArch 54, S. 43 ff. - S. 67, der seine Meinung allerdings in der Anm. zum Urteil des BVerwG, DVBl 1969, S. 312, geändert hat; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 143 ff., insbes. S. 148 ff.
- 4) Fischerhof, a.a.O. (FN 1), S. 316; Krömer, a.a.O. (FN 1), S. 11; Lukes, a.a.O. (FN 1), S. 30; Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 337; Nesselmüller, a.a.O. (FN 1), S. 91; Niederleithinger, a.a.O. (FN 1), S. 80; Quack, a.a.O. (FN 1), S. 357 f.
- 5) Fischerhoff, a.a.O. (FN 1), S. 310; Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 337; Quack, a.a.O. (FN 1), S. 358 f.
- 6) Nesselmüller, a.a.O. (FN 1), S. 91.
- 7) Bettermann, a.a.O. (FN 1), S. 53.

haupt eine Untersuchung der Rechtsnatur der übrigen in einem Konzessionsvertrag enthaltenen Regelungen (Ausschließlichkeitsklausel, Betriebspflichten des Unternehmens, Aufsichts- und Mitwirkungsrechte der Kommunen) angestellt wird, werden diese in der Regel genauso wie die Wegebenutzungsklausel als im Bereich der Nutzung des gemeindlichen Wegeigentums angesiedelt angesehen. Aufgrund der Vertragsfreiheit, die im Privatrecht herrsche, könne sich auf der Inanspruchnahme des Eigentums ein Vertragssystem zur Durchführung der Versorgung bilden⁸. Im übrigen werden diese sonstigen Regelungen als Nebenabreden⁹ angesehen, die als "unwesentliche Zusätze"¹⁰ bzw. als "Bestimmungen, die die Durchführung des Vertrages sichern sollen"¹¹, nicht entscheidend für die rechtliche Qualifizierung des Konzessionsvertrags sein könnten. Der Abschluß von Konzessionsverträgen zwischen Gemeinden und Versorgungsunternehmen erscheint nach dieser Sicht damit gleichsam als ein Vorgang, der sich nicht wesentlich von z.B. einer Vermietung eines Grundstücks durch einen Privatmann unterscheidet. Typusmäßig werden dementsprechend Konzessionsverträge als Miet- bzw. Leihverträge bestimmt, die auch werkvertragliche Elemente aufweisen können¹².

8) Fischerhof, a.a.O. (FN 1), S. 310; Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 338.

9) Z.B. Bettermann, a.a.O. (FN 1), S. 58 f. für die Ausschließlichkeitsklausel.

10) Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 338.

11) Quack, a.a.O. (FN 1), S. 358.

12) Vgl. dazu Bettermann, a.a.O. (FN 1), S. 58 ff., der sich umfangreich mit dieser zivilrechtlichen Problematik beschäftigt; Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 338; Quack, a.a.O. (FN 1), S. 357 f.: "Gemischt schuldrechtlicher Vertrag".

- b) Der dogmatische Hintergrund dieser Betrachtungsweise ist darin zu sehen, daß entweder die Meinung vertreten wird, die Einräumung von Wegebenutzungsrechten erfolge ausschließlich privatrechtlich und enthalte keine öffentlichrechtliche Komponente¹³, bzw., daß zwar zusätzlich zur privatrechtlichen Nutzungsgestattung noch eine öffentlichrechtliche Erlaubnis gefordert wird¹⁴, die aber isoliert von den Konzessionsvertraglichen Regelungen gesehen wird¹⁵.

2. Der Konzessionsvertrag als gemischtrechtlicher Vertrag

Neben der rein privatrechtlichen Betrachtungsweise wird gelegentlich die Meinung vertreten, der Konzessionsvertrag stelle sich als ein gemischtrechtlicher, "doppelt qualifizierter, sowohl privatrechtlicher als auch öffentlichrechtlicher Vertragstypus"¹⁶ dar. Die Begründungen dafür weisen im wesentlichen zwei Ansatzpunkte auf. Zum einen wird auf der Ebene des Straßenrechts ins Feld geführt, daß in der Regel

13) Z.B. Fischerhof, a.a.O. (FN 1), S. 310; Lukes, a.a.O. (FN 1), S. 28 f.

14) Z.B. Maunz, a.a.O. (FN 1), S. 337; Stern, a.a.O. (FN 1), S. 323; so wohl auch Quack, a.a.O. (FN 1), S. 357.

15) Stern, a.a.O. (FN 1), S. 323 bezeichnet z.B. das Konzessionsverhältnis als "gemischtes Rechtsverhältnis", geht aber von der privatrechtlichen Natur des Konzessionsvertrags aus.

16) Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 13 f.; ders., Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 157.

neben die privatrechtliche Gestattung der Straßenbenutzung noch eine öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis zu treten habe, weil die Verlegung von Leitungen der Energieversorgung in aller Regel eine mehr als nur kurzfristige Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs im Sinne des straßenrechtlichen Privatrechtsvorbehalts für die Versorgungswirtschaft darstelle¹⁷. Zum anderen wird darauf verwiesen, daß zwar die Einräumung des Rechts zur Benutzung der Verkehrswege dem bürgerlichen Recht angehöre. Diejenigen Vertragsbestandteile, durch die seitens der Gemeinden die öffentliche Versorgung sichergestellt werde, seien jedoch als kommunale Aufgabenerfüllung im Rahmen der Daseinsvorsorge im Bereich des öffentlichen Rechts angesiedelt¹⁸.

3. Die öffentlichrechtlichen Theorien

Eine rein öffentlichrechtliche Auffassung der Rechtsform der Konzessionsverträge wird sehr häufig nicht auf der Grundlage des kodifizierten Straßenrechts des Bundes und der Länder vertreten. Insoweit kann sie im Hinblick auf die geltende Rechtslage keine Bedeutung mehr beanspruchen¹⁹. Soweit eine öffentlichrechtliche Betrachtungsweise anhand der geltenden Rechtslage ange-

17) Scholz, a.a.O. (FN 16); ähnlich Hedrich, a.a.O. (FN 2), S. 121, der noch weitere öffentlichrechtliche Bestandteile der Konzessionsverträge feststellt und demgemäß zur Streitentscheidung aus Gründen der Rechtssicherheit eine ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet sieht.

18) Kodal/ Krämer, a.a.O. (FN 2), 27. Kap. Rdnr. 70.

19) So auch Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, S. 193 m.w.N.

stellt wird, basiert diese in straßenrechtlicher Hinsicht auf der Anschauung, daß der Tatbestand des Privatrechtsvorbehalts für die öffentliche Energieversorgung in der Regel nicht den vollen Bereich der Verlegung von Versorgungsleitungen abdecke²⁰. Darüber hinaus und unabhängig davon habe die Gemeinde als Straßenbaulastträger stets zu überprüfen, ob eine beabsichtigte Leitungsverlegung nicht eine erlaubnispflichtige Sondernutzung nach öffentlichem Recht darstelle. Notwendig sei damit in jedem Fall ein straßenrechtliches Negativattest, das konkludent mit der privatrechtlichen Gestattung erteilt werde. Dieses sei ein Tatbestand des Straßenrechts und damit öffentlichrechtlicher Art. Neben diesen straßenrechtlichen Gesichtspunkten wird noch der versorgungswirtschaftliche Zweck des Konzessionsvertrags betont, der nicht wirtschaftlicher Art, sondern geprägt und veranlaßt sei durch das gemeindliche Interesse an einer gesicherten und preiswürdigen Energieversorgung der Gemeindegewohner. Im Hinblick auf die straßenrechtliche Komponente der Konzessionsverträge, was die Beteiligung des Straßenbaulastträgers betrifft und wegen der generellen Überlagerung des Konzessionsvertrags durch öffentliche Zwecksetzungen und Interessen wird der Konzessionsvertrag im Ergebnis als rein öffentlichrechtlicher Vertrag bestimmt²¹.

20) Kulartz, a.a.O. (FN 3), S. 38, insoweit übereinstimmend mit Scholz, a.a.O. (FN 16).

21) Kulartz, a.a.O. (FN 3), S. 44.

II. Der Konzessionsvertrag als Mittel der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe in der Form des Privatrechts

1. Die Rechtsform des Konzessionsvertrags

Die Rechtsform des Konzessionsvertrags unterliegt wie dargestellt einer äußerst kontroversen Beurteilung. Betrachtet man dabei die beiden Extrempositionen der rein privatrechtlichen und der rein öffentlichrechtlichen Auffassung, so fragt sich, ob man es sich einerseits nicht zu leicht macht, wenn man die Konzessionsverträge bereits aufgrund dessen dem bürgerlichen Recht unterstellt, weil die Gemeinden beim Vertragsschluß als Eigentümer der Straßengrundstücke auftreten²². Auf der anderen Seite erscheint es keineswegs bedenkenfrei, die Konzessionsverträge schon aufgrund ihrer Überlagerung durch öffentliche Interessen bzw. wegen der Beteiligung der Gemeinden in ihrer Eigenschaft als Straßenbaulastträger dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen.

- a) Die Konzessionsverträge sind ihrer Rechtsform nach nicht gesetzlich umfassend in der Weise geregelt, daß sie eine eindeutige Festlegung erfahren hätten und aufgrund dessen zweifelsfrei dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht zugeordnet werden könnten. Diese Feststellung hat uneingeschränkte Gültigkeit in bezug auf die Gesamtheit der konzessionsvertraglichen Regelungen als solche. Nicht übersehen werden darf in dem Zusammenhang aller-

22) So auch Hedrich, a.a.O. (FN 2), S. 118.

dings, daß für ein wesentliches Element der Konzessionsverträge, nämlich der Gestattung der Benutzung der gemeindlichen Straßen und Wege in der Form des § 8 Abs. 10 BFStrG bzw. der entsprechenden Ländernormierungen²³, eine gesetzliche Regelung vorliegt. Die Inanspruchnahme von öffentlichen Verkehrswegen für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung ist danach als Benutzung des Straßeneigentums konzipiert, die im Falle einer nur kurzfristigen Beeinträchtigung des Gemeingebruchs durch bürgerlich-rechtlichen Gestattungsakt erlaubt wird. Es ist bereits an anderer Stelle²⁴ ausgeführt worden, daß damit die Erteilung von straßenrechtlichen Benutzungstiteln zugunsten der Versorgungswirtschaft regelmäßig ausschließlich dem bürgerlichen Recht unterstellt ist.

Eine Auffassung, die für den Regelfall der Straßenbenutzung durch Versorgungsleitungen zusätzlich eine öffentlichrechtliche Erlaubnis fordert, steht nicht nur im Widerspruch zur gesetzlichen Intention hinsichtlich des Privatrechtsvorbehalts über die Versorgungswirtschaft, sondern auch zu der heute ganz überwiegenden Meinung in der Rechtslehre und der Rechtsprechung²⁵.

Auch die Zuständigkeit des Straßenbaulastträgers zur Einräumung des straßenrechtlichen Benutzungstitels vermag nichts an der privatrechtlichen Rechtsform der Gestattung zu ändern. Dessen

23) S. dazu 1. Hauptteil, C FN 47.

24) Siehe S. 69.

25) S. dazu bereits S. 69 FN 70.

Zuständigkeit beruht nämlich in dogmatischer Hinsicht nicht auf einer öffentlichrechtlichen Handlungsbefugnis, sondern auf der Übertragung der Kompetenzausübungsbefugnis hinsichtlich des Eigentums am Straßengrundstück. Dem entspricht der straßenrechtliche Privatrechtsvorbehalt für die öffentliche Versorgungswirtschaft. Daß die Gemeinden bei ihrer Entscheidung über die Vergabe von Benutzungsrechten nicht mit beliebigen Privateigentümern von Grundstücken verglichen werden können, sondern anders als diese eingebunden sind in ihren öffentlichen Handlungsauftrag zur Förderung des Gemeinwohls hat auf die Rechtsform der Einräumung des Benutzungsrechtstitels keinen Einfluß.

- b) Bisher wurde lediglich die Rechtsform der Gestattung der Benutzung von öffentlichen Verkehrswegen zu Zwecken der Leitungsverlegung untersucht. Es handelt sich hierbei zwar um ein wesentliches konzessionsvertragliches Element, das jedoch nicht den gesamten Inhalt des Konzessionsvertrags ausmacht. Der Regelung der Straßenbenutzung in privatrechtlicher Form kommt allerdings dann für die Rechtsform des Konzessionsvertrags in seiner Gesamtheit eine dominierende und prägende Rolle zu, wenn die übrigen konzessionsvertraglichen Regelungen nicht notwendig auf die öffentlichrechtliche Rechtsform festgelegt sind.

Es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, daß die konzessionsvertraglich gestattete Benutzung des gemeindlichen Straßeneigentums im Sinne des § 8 Abs. 10 BFStrG und der entsprechenden Ländernormierungen von der Zielrichtung her nicht vergleichbar ist mit der üblichen bürgerlichrechtlichen Eigentumsnutzungsgestattung (Miete, Pacht, Leihe). Die Gemeinden stellen vielmehr ihr Straßeneigentum in den Dienst der Erfüllung der Aufgabe der Sicherstellung der Energieversorgung²⁶. Sie handeln damit beim Abschluß von Konzessionsverträgen stets im öffentlichen, versorgungswirtschaftlichen Interesse ihrer Einwohner. Unter diesem Blickwinkel erschließen sich auch der Sinn und die Bedeutung der in Konzessionsverträgen über die Wegebenutzungsklausel hinaus sonst noch enthaltenen Bestimmungen. So ist z.B. der Zweck der Ausschließlichkeitsklausel, in der sich die Gemeinde verpflichtet, Dritten keine Benutzungsrechte an den öffentlichen Straßen zur Energieversorgung einzuräumen und auch selbst nicht die Versorgung durchzuführen, nicht darin zu sehen, den begünstigten Unternehmen eine gesicherte wirtschaftliche Machtposition zu vermitteln. Vielmehr kommt auch hier das gemeindliche Interesse an einer gesicherten und preiswürdigen Energieversorgung zum Ausdruck. Denn aufgrund der besonderen

26) S. dazu Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 66; zur Pflichtigkeit gemeindlichen Eigentums Burmeister, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 623 ff. - S. 657; zum Grundrechtsschutz und der Funktion gemeindlichen Eigentums s. BVerfGE 61, S. 82 ff.; s. dazu auch unter Gesichtspunkten gemeindewirtschaftlicher Versorgungspolitik § 107 Abs. 1 BWGO.

technisch-ökonomischen Gegebenheiten im Bereich der Energieversorgung, insbesondere der mit hohen Kosten verbundenen Leitungsgebundenheit und der außerordentlich beträchtlichen Investitionskosten wäre es wirtschaftlich nicht sinnvoll, die Energieversorgung für ein Gemeindegebiet dem freien - wettbewerblichen - Spiel der Kräfte zu überlassen. Dies würde nur zu wirtschaftlichen unnützen Fehlinvestitionen führen (z.B. Doppelleitungen), deren Kosten letztlich von den Gemeindegewohnern zu tragen wären. Die Monopolisierung eines einzigen Versorgungsunternehmens dient dem Zweck, diesem möglichst günstige Produktionsverhältnisse zu vermitteln, damit es eine preisgünstige Versorgung durchführen kann²⁷. Auch anderen Klauseln liegen vergleichbare Zielsetzungen zugrunde. So dient z.B. die Kontrahierungsklausel zur Verpflichtung des Unternehmens, jeden Gemeindegewohner an das Leitungsnetz anzuschließen und mit Energie zu versorgen. Aufsichts- und Mitwirkungsklauseln, soweit vorhanden²⁸, sollen den Einfluß der Gemeinde bei der Überwachung der tatsächlichen Gestaltung bei der Energieversorgung sichern. Insgesamt läßt sich damit eine umfangreiche von öffentlichen Interessen bestimmte Überlagerung des Konzessionsvertrags feststellen. Konzessionsverträge stellen sich damit aus gemeindlicher Sicht als Indienstnahme von Versorgungsunternehmen dar, mit denen die Gemeinde ihre aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht begrün-

27) In diesem Sinn Zacher, a.a.O. (FN 19), S. 146 f.

28) S. dazu Niederleithinger, a.a.O. (FN 1), S. 58 f.

dete Kompetenz ausübt, die Energieversorgung ihres Gemeindegebiets zu regeln²⁹.

Die entscheidende Frage bleibt nun, inwieweit die gemeindliche Verfolgung öffentlicher Interessen innerhalb des Konzessionsvertrags auf dessen Rechtsform einen Einfluß hat. Hierfür muß festgestellt werden, daß in Ermangelung einer gesetzlichen Festlegung der Rechtsform allein die Verfolgung öffentlicher Zwecksetzungen nicht eine zwingende Zuordnung des jeweiligen Handelns zum Bereich des öffentlichen Rechts zur Folge hat. Selbst Forsthoff, der 1938 den Begriff der Daseinsvorsorge prägte, verband eine Betätigung der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, wie hier auf dem Gebiet der Sicherstellung der öffentlichen Energieversorgung, nicht mit der Konsequenz, diese müsse notwendig öffentlichrechtlicher Art sein³⁰. Es besteht auch im übrigen keine Vermutung für die öffentlichrechtliche Form eines Tätigwerdens, wenn dieses der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Öffentliche Aufgaben können nämlich durch den jeweiligen Verwaltungsträger stets auch in der Form des Privatrechts erfüllt werden, soweit keine besondere gesetzliche Regelung dafür besteht³¹. Für konzessionsvertragliche Regelungen finden sich außer den Normierungen des Straßenrechts keine gesetzlichen Festlegungen, die eine Zuordnung zum öffentlichen Recht zur Folge hätten.

29) Bartlsperger, DVBl 1980, S. 249 ff. - S. 249.

30) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Vorbem. vor § 20.

31) Kopp, VwGO, § 40 Rdnr. 13.

Damit läßt sich zusammenfassend feststellen, daß die Rechtsform des Konzessionsvertrags diejenige des bürgerlichen Rechts ist. Ausschlaggebend dafür ist der straßenrechtliche Privatrechtsvorbehalt zugunsten der öffentlichen Energieversorgung. Diese zwingende gesetzliche Festlegung der Rechtsform erweist sich in Ermangelung ähnlicher Einordnungskategorien für die sonstigen Vertragsgegenstände als bestimmend für die Rechtsform des Konzessionsvertrags in seiner Gesamtheit.

2. Die gemeindliche Indienstnahme Privater zur örtlichen Energieversorgung

- a) "Die gesamte staatliche und kommunale Betätigung ist nicht Selbstzweck in sich, sondern empfängt ihre Legitimation aus den verfassungsmäßig oder gesetzlich festgelegten Staatszwecken."³² Diese Feststellung beansprucht auch und gerade für die Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften auf dem Gebiet der örtlichen Energieversorgung Gültigkeit. Diese ist legitimiert sowohl durch die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zur Sozialstaatlichkeit als auch durch die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie. Den Gemeinden steht danach die Kompetenz zur Versorgung der Bewohner ihres Gebiets mit Energie zu³³. Für die konkrete Art und Weise der Durchführung der Energieversorgung besteht zugunsten der Gemeinden ein weit gespannter Entscheidungsspielraum. Sie unterliegen in dieser Hinsicht keiner Bindung an verfassungsrechtliche Vorgaben. Weder die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes und noch viel weniger die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG können oder wollen die Gemeinden auf eine bestimmte Form der Ausübung ihrer Versorgungskompetenz festlegen. Es verhält sich im Gegenteil so, daß den Gemeinden durch die grundgesetzliche Garantie der Selbstverwaltung auch die eigenverantwortliche Organisation der gemeindlichen Aufgabenerfüllung gewährleistet ist. Bezogen auf die örtliche Energieversorgung bedeutet dies, daß die Gemeinden ihre Energiever-

32) Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 30.

33) S. dazu bereits oben S. 32 ff.

sorgungskompetenz in Gestalt eigener Versorgungstätigkeit wie auch durch vertragliche Übertragung des Versorgungsrechts an ein Energieversorgungsunternehmen wahrnehmen können. Auch die konzessionsvertragliche Überlassung der Versorgung des Gemeindegebiets mit Energie an ein privates Versorgungsunternehmen stellt also eine zulässige Ausübung der gemeindlichen Energieversorgungskompetenz dar.

- b) Um Mißverständnissen in bezug auf den Umfang und die Art der gemeindlichen Entscheidungsmöglichkeiten bei der örtlichen Energieversorgung vorzubeugen, erscheint es geboten, die gemeindliche Stellung in diesem Bereich näher zu erläutern.

Die Kompetenz der Gemeinden, die Einwohner ihres Gebiets mit Energie zu versorgen findet, wie dargestellt, ihre Legitimation in der verfassungsrechtlichen Entscheidung zur Sozialstaatlichkeit und insbesondere in der Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz. Dies hat zunächst eine rechtsbegründende Wirkung zugunsten der Gemeinden zur Folge. Beschränkt wird die den Gemeinden danach zustehende Kompetenz dadurch, daß sie diese nicht in einer gegen das Sozialstaatsprinzip bzw. gegen den Wertgehalt der Selbstverwaltungsgarantie verstoßenden Weise ausüben dürfen. Der gemeindlichen Kompetenz zur Energieversorgung korreliert also eine Verantwortlichkeit für die örtliche Energieversorgung³⁴. Diese wirkt sich

34) Stern, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 28 Rdnr. 92; Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetzkommentar, Art. 28 Rdnr. 66.

limitierend auf den gemeindlichen Entscheidungsspielraum bei der Kompetenzwahrnehmung aus. Die Verfassungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG setzt dem gemeindlichen Handlungsspielraum insoweit eine äußere Grenze, als die Gemeinden danach nur zur Regelung der Energieversorgung ihres eigenen Gebiets legitimiert sind. Innerhalb ihres Gebiets sind die Gemeinden durch die Vorgaben des Sozialstaatsprinzips und der aus der grundgesetzlichen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung entspringenden Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinwohl gehalten, eine dauernde und gesicherte Energieversorgung zu sozial gerechtfertigten und gleichmäßigen Bedingungen zu gewährleisten³⁵. Bereits von Verfassungs wegen sind die Gemeinden damit zur Beachtung der Belange des Gemeinwohls auch auf dem Sektor der örtlichen Energieversorgung verpflichtet. Dem haben sie, unabhängig davon, wie sie die Versorgung ihres Gebiets mit Energie im einzelnen gestalten, gerecht zu werden. Der ihnen so obliegenden Verantwortung für die örtliche Energieversorgung können sich die Gemeinden nicht durch den Abschluß durch Konzessionsverträgen entziehen. Sie haben durch die Gestaltung der Vertragsbedingungen sicherzustellen, daß die Energieversorgung durch das konzessionsierte Unternehmen denselben Anforderungen entspricht, denen eine gemeindliche Eigenversorgung genügen müßte³⁶. Dies bedeutet insbesondere,

35) S. dazu die Entscheidung des BayVerfGH, GVBl 1958, S. 13 ff.

36) Zur Möglichkeit von entsprechenden Genehmigungsvorbehalten, z.B. hinsichtlich von Tarifen s. Püttner, JA 1980, S. 218 ff. - S. 218; zu Einwirkungspflichten zur Durchsetzung des öffentlichen Zwecks s. Püttner, DVBl 1975, S. 353 ff.; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 130 ff. m.w.N.

daß es den Gemeinden verwehrt ist, Konzessionsverträge zum alleinigen Zweck der Gewinnerzielung abzuschließen³⁷. Die Gemeinden dürfen allerdings bei ihrer Entscheidung auch finanzielle Gesichtspunkte berücksichtigen, solange dadurch die örtliche Energieversorgung nicht gefährdet wird. Dies entspricht den Bestimmungen der Gemeindeordnungen über die Vermögenswirtschaft³⁸, die vorsehen, daß in der Regel die Überlassung von Gemeindevermögen nur gegen Entgelt erfolgen darf³⁹. Es begegnet deshalb keinen Bedenken, wenn die Gemeinden bei der konzessionsvertraglichen Einräumung von straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen auch fiskalische Interessen verfolgen. Es muß jedoch von gemeindlicher Seite stets beachtet werden, daß die öffentlichen Straßen nicht in erster Linie der Erzielung von Einnahmen dienen, sondern daß im Vordergrund deren Einsatz als sächliches Verwaltungsmittel zur Sicherstellung der öffentlichen Energieversorgung steht.

- c) Die Gemeinden sind bei Abschluß und Durchführung von Konzessionsverträgen nicht nur zur Beachtung der Belange des Gemeinwohls in bezug auf eine

37) So auch Zeiß, Thiemeyer (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen, S. 271 ff. - S. 278; Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 15.

38) § 92 Abs. 2 BWGO; Art. 75 Abs. 2 BayGO; § 109 Abs. 2 HessGO; § 97 Abs. 2 NdsGO; § 77 Abs. 2 NRWGO; § 79 Abs. 2 RhPfGO; § 95 Abs. 2 SaarlKSVG, Teil A (GO); § 90 Abs. 2 SHGO.

39) Werden dadurch von gemeindlicher Seite öffentliche Aufgaben erfüllt, kann die Gemeinde auf ein Entgelt verzichten. S. dazu für den bayerischen Rechtsbereich die Entschließung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 5.5.1952 (BayBS VI Bd. 1, S. 273 f.).

gesicherte und preiswerte Energieversorgung verpflichtet. Sie bedienen sich der Konzessionsverträge als Mittel der gemeindlichen Aufgabenerfüllung. Konzessionsverträge sind damit ihrer Rechtsnatur nach als verwaltungsprivatrechtlich zu qualifizieren⁴⁰. Folge dieser Einordnung ist, daß die Gemeinden nicht nur in das System der für jedermann geltenden Normen des bürgerlichen Rechts eingebunden sind, sondern ihnen auch die Beachtung der Grundrechte obliegt. Hier sind insbesondere die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie das Willkürverbot des Art. 3 GG von Bedeutung. Es kann inzwischen als anerkannt gelten, daß diese Vorschriften nicht nur bei unmittelbaren, gezielten hoheitlichen Eingriffen zur Anwendung kommen, sondern auch bei rein faktischen Beeinträchtigungen der durch die jeweiligen Grundrechte verbürgten Freiheitssphären⁴¹. Ihren Anwendungsbereich finden diese Grundrechtspositionen im Verhältnis von Versorgungsunternehmen zu Gemeinden insbesondere beim Abschluß und bei der Verlängerung bzw. Kündigung von Konzessionsverträgen.

-
- 40) So auch Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 70 f.; Schick, DÖV 1962, S. 931 ff. - S. 936; zum Rechtsinstitut des Verwaltungsprivatrechts s. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23 II b; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 573 ff.; Ehlers, a.a.O. (FN 36), S. 212 ff.; ders., DVBl 1983, S. 422 ff.
- 41) BVerwGE 17, S. 306 ff. - S. 308 ff.; BVerwGE 39, S. 329 ff. - S. 336 ff.; BVerwG DVBl. 1981, S. 983 ff.; BayVGHBayVBl. 1982, S. 594 ff. - S. 595; BVerfGE 38, S. 281 ff. - S. 302 ff.; s. insbesondere auch BGH, DVBl. 1982, S. 945 ff. - S. 947; Kirchhof, DVBl. 1982, S. 933 ff. - S. 935; Ehlers, a.a.O. (FN 36), S. 100 ff., S. 212 ff.

Durch Art. 12 GG wird die allgemeine Berufs- und Gewerbefreiheit in ihren Ausformungen der freien Berufs- und Gewerbewahl sowie der freien Berufs- und Gewerbeausübung geschützt⁴². Diesen Schutz genießt grundsätzlich auch die von Privaten betriebene öffentliche Versorgungswirtschaft⁴³. Eine Verletzung der Gewerbefreiheit z.B. durch Kündigung bzw. Nichtverlängerung eines Konzessionsvertrags und anschließende Übernahme der Versorgung durch die jeweilige Gemeinde ist kaum vorstellbar. Den Gemeinden steht von Verfassungs wegen die Energieversorgungskompetenz für ihr Gebiet zu. Diese schließt naturgemäß die - im übrigen durch gemeindewirtschaftsrechtliche Vorschriften nicht beschränkte⁴⁴ - Befugnis ein, die Energieversorgung selbst durchzuführen. Es handelt sich dabei um eine gemeindliche Organisationsentscheidung. Diese hält sich, auch wenn dadurch das vor dem berechnigte Unternehmen von der Versorgung ausgeschlossen wird, im Rahmen des Aufgaben- und Betätigungsvorbehalts, der den Gemeinden durch die grundgesetzliche Garantie der Selbstverwaltung vermittelt wird. Selbst wenn man die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf die angesprochenen Fallkonstellationen bejaht, könnte eine Verletzung der Gewerbefreiheit durch gemeindliches Handeln wohl schwerlich festgestellt werden. Da die grundrechtliche Garantie des Art. 12 GG die Privatwirtschaft nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand schützt⁴⁵, wäre entsprechend

42) v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12, Rdnr. 1.

43) S. dazu näher Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 73.

44) S. o. S. 36 ff.

45) Dies gilt zumindest im Bereich der sog. sozialwirtschaftlichen Betätigungen der öffentlichen Hand, s. dazu Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12, Rdnrn. 402 ff.; generell eine Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand bejahend Bettermann, in: Festschrift für Ernst Hirsch, S. 1 ff.; s. dazu auch v. Gamm, WRP 1984, S. 303 ff. - S. 304 f. m.w.N.; BVerwGE 39, S. 329 ff. - S. 336.

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁶ lediglich die Gewerbeausübungsfreiheit des jeweiligen Versorgungsunternehmens betroffen. Dies stellt dann keine verfassungswidrige Beeinträchtigung dar, wenn das gemeindliche Verhalten durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und nicht dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit widerspricht. Solange demnach die jeweilige Entscheidung der Gemeinde zur Sicherstellung oder Verbesserung der Energieversorgung in ihrem Gebiet erfolgt und nicht lediglich durch rein erwerbswirtschaftliche Gesichtspunkte bedingt ist, begegnet dies aus dem Blickwinkel des Art. 12 GG keinen Bedenken⁴⁷.

Der Schutzbereich des Art. 14 GG bezieht sich im Gegensatz zu demjenigen des Art. 12 GG nicht auf die Erwerbstätigkeit, sondern auf das bereits Erworbene. Geschützt in diesem Sinn ist auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Gesamtheit der diesbezüglichen Sachen und Rechte⁴⁸. Darunter fällt auch die einem Energieversorgungsunternehmen konzessionsvertraglich eingeräumte Rechtsstellung. Dies wirkt sich während der Laufzeit eines Konzessionsvertrags z.B. dahingehend aus, daß das jeweilige Versorgungsunternehmen gegen Eingriffe der Gemeinde am Versorgungsnetz geschützt ist. Nicht umfaßt von der Eigentumsge-

46) BVerfGE 7, S. 377 ff.

47) S. dazu näher bei Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 73 ff.; Ehlers, a.a.O. (FN 36), S. 102 ff.

48) BVerfGE 13, S. 225 ff. - S. 229.

währleistung des Art. 14 GG sind allerdings bloße Chancen oder Verdienstmöglichkeiten⁴⁹. Dies bedeutet, daß sich aus Art. 14 GG kein Recht auf Nichtkündigung bzw. Verlängerung eines bestehenden Konzessionsvertrags ergeben kann⁵⁰. Ein solcher Anspruch ist im Einzelfall nur denkbar, wenn bereits vor Beendigung des Konzessionsvertragsverhältnisses ein Vertrauensschutztatbestand zugunsten des versorgenden Unternehmens begründet wurde⁵¹.

Durch das Willkürverbot des Art. 3 GG sind Gemeinden bei ihrem Ermessen in bezug auf Abschluß und Verlängerung von Konzessionsverträgen gebunden. Es besagt, daß die Entscheidung über die Auswahl eines Bewerbers zur lokalen Energieversorgung nicht von sachfremden Motiven bestimmt sein darf. Im Vordergrund hat stets der Gesichtspunkt einer gesicherten und preisgünstigen Energieversorgung zu stehen. Die Berücksichtigung finanzieller Interessen im Entscheidungsprozeß ist zulässig, sie kann jedoch niemals den entscheidenden Ausschlag geben. Es erweist sich hierbei wieder, daß letztlich entscheidend für die sachgerechte Auswahl die bereits geschilderte Gemeinwohlverpflichtung der Gemeinden ist. Wenn und soweit dieser entsprochen wird, scheidet eine

49) BVerfGE 31, S. 8 ff. - S. 32.

50) S. dazu Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 80 ff.

51) S. dazu Scholz, a.a.O. (FN 26), S. 87.

Verletzung des Art. 3 GG aus⁵².

-
- 75) Im einzelnen können sich hier noch erhebliche Schwierigkeiten in bezug auf den genauen Inhalt des Anspruchs und dessen prozessuale Geltendmachung ergeben. S. dazu Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, S. 203 ff.; Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 361 ff., S. 395 ff., die die Problematik des Art. 3 GG in dem Zusammenhang im Bereich des öffentlichen Auftragswesens abhandeln; zu Schadensersatzansprüchen, die sich aufgrund eines Verstoßes gegen die Gleichbehandlungspflicht ergeben können s. Kunert, ebenda, S. 50 f.; Pietzcker, ebenda, S. 397 f.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Band I, § 64 II c 1, § 65 I a; Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 34 Rdnr. 17; zur Berechnung eines solchen Schadensersatzanspruches Semler, Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 121 ff. (allerdings auf der Grundlage des § 26 Abs. 2 GWB); zur Problematik der Gleichbehandlungspflicht im ähnlich liegenden Problembereich der staatlichen Subventionsvergabe s. grundlegend BVerwGE 30, S. 191 ff. und dazu die Anm. von Scholz, NJW 1969, S. 1044 f.; Selmer, NJW 1969, S. 1266 f.; Friauf, DVBl. 1969, S. 369 ff.

E. Zusammenfassung des ersten Hauptteils

Als Ergebnis der Ausführungen ist festzuhalten, daß die unmittelbare öffentliche Energieversorgung eine öffentliche Aufgabe darstellt. Den kommunalen Gebietskörperschaften steht für ihren Bereich die Befugnis zu, diese Aufgabe umfassend wahrzunehmen. Ihre Regelungskompetenz liegt im sozialstaatlichen Auftrag des Grundgesetzes und insbesondere in der grundgesetzlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung begründet.

Die Gemeinden sind bei der Wahrnehmung ihrer Energieversorgungskompetenz nicht durch die Reglementierungen des Gemeindewirtschaftsrechts beschränkt. Ihnen steht es deshalb grundsätzlich frei, eine eigene Energieversorgung durchzuführen oder dafür durch Abschluß eines Konzessionsvertrags ein drittes Unternehmen in Dienst zu nehmen. Es handelt sich bei letzterem um eine gemeindliche Organisationsentscheidung, die der Aufgabenwahrnehmung durch die Gemeinde selbst gleichsteht.

Den wesentlichen Kern der Konzessionsverträge bilden die Übertragung des Energieversorgungsrechts, der damit korrelierende gemeindliche Verzicht auf eine Eigenversorgung sowie die Gestattung einer Mitbenutzung der gemeindlichen Straßen zur Verlegung von Versorgungsleitungen durch das jeweilige Versorgungsunternehmen. Die Einräumung des straßenrechtlichen Benutzungstitels geschieht in aller Regel in der Form des bürgerlichen Rechts. Der hier maßgebliche Privatrechtsvorbehalt der meisten Straßengesetze zugunsten

der Versorgungswirtschaft bewirkt, daß de lege lata die Inanspruchnahme der Straßen für Zwecke der Energieversorgung sich als Benutzung des gemeindlichen Straßeneigentums darstellt. Dies ändert jedoch nichts daran, daß es sich in materiellrechtlicher Hinsicht bei der Vergabe von Straßenbenutzungsrechten um eine Verwaltungstätigkeit handelt, die in benutzungsrechtlichem Vollzug der gemeindlichen Organisationsentscheidung zur Fremdversorgung ihres Gebiets mit Energie erfolgt.

Kartellrechtlich sind die gemeindlichen Konzessionsverträge insoweit von Belang, als durch sie das Bestehen von Wettbewerb im Bereich der gemeindlichen Energieversorgung ausgeschlossen wird.

2. Hauptteil: Konzessionsverträge und Wettbewerbsrecht

Die gemeindliche Konzessionierung von Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung bedeutet in aller Regel die Monopolisierung des jeweils versorgungsberechtigten Unternehmens im Gebiet der konzessionsierenden Gemeinde. An diesen Tatbestand der exklusiven Rechtseinräumung knüpft die wettbewerbsrechtliche, insbesondere die kartellrechtliche Problematik der Konzessionsverträge an. Diese läßt sich dahingehend präzisieren, ob bzw. gegebenenfalls inwieweit Normen des Wettbewerbsrechts geeignet sind, konzessionsvertragliche Rechtsbeziehungen speziellen Reglementierungen zu unterstellen.

A) Entwicklung und Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der öffentlichen Versorgungswirtschaft

I. Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Verträge der öffentlichen Versorgungswirtschaft

Entgegen der wettbewerblichen Struktur der Märkte im Sinne der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland weist die öffentliche Versorgungswirtschaft einen hohen Grad von Monopolisierung auf; Wettbewerb wird nur noch in Teilbereichen praktiziert. Dieses Erscheinungsbild läßt sich im wesentlichen auf die Vertragsstruktur im Bereich der leistungsgebundenen Energieversorgung zurückführen¹.

Diese ist geprägt durch die von den Gemeinden mit Energieversorgungsunternehmen abgeschlossenen Konzessionsverträge sowie durch Demarkationsverträge.

1) So auch Grimmer, Die kartellrechtliche Aufsicht nach §§ 103, 104 GWB bei mißbräuchlich überhöhten Strompreisen in der Elektrizitätswirtschaft, S. 47 f. m.w.N.

1. Konzessions- und Demarkationsverträge als wettbewerbsbeschränkende Verträge
 - a) Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Konzessionsverträge liegt wie dargestellt in der durch sie bewirkten Monopolisierung der örtlichen Energieversorgung begründet. Das versorgungsberechtigte Unternehmen ist damit weder einer Konkurrenz durch andere Unternehmen noch durch die Konzessionsgemeinde ausgesetzt.
 - b) Darüber hinaus wird der Wettbewerb auf dem Energiesektor durch die in Demarkationsverträgen enthaltenen Festlegungen beschränkt. Diese werden zwischen Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen und dienen dazu, die gegenseitigen Einflußsphären und Belieferungsgebiete abzugrenzen. Vertikale Demarkationsverträge enthalten die Verpflichtung von Versorgungsunternehmen der Erzeugerstufe gegenüber einem Unternehmen der Verteilerstufe, in einem Gebiet ausschließlich diesem Energie zu liefern. Das Verteilerunternehmen verpflichtet sich im Gegenzug dazu, nur dieses Gebiet zu versorgen. In horizontalen Demarkationsverträgen verpflichten sich Unternehmen der Erzeuger- oder Verteilerstufe, ihre gegenseitigen Interessengebiete zu respektieren. Über diese vereinfachte Einteilung hinaus gibt es noch eine Reihe von weiteren möglichen und praktizierten Spielarten von Demarkationsverträgen². Ihnen allen gemeinsam ist jedoch

2) Vgl. z.B. die Darstellungen von Emmerich, in: Emmerich/Lukes (Hrsg.), Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebenden Energieversorgung, S. 45 ff. - S. 56 ff. sowie Klau, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 103 Rdnrn. 12 ff.; Büdenbender, Energierecht, Rdnrn. 553 ff.

der Zweck, durch die Abgrenzung von Interessensphären gegenseitigen Wettbewerb nach Möglichkeit auszuschließen.

2. Die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenspiels von Konzessions- und Demarkationsverträgen

Das System der Demarkations- und Konzessionsverträge ist zunächst für die Versorgungswirtschaft von beträchtlicher Bedeutung. Es liegt auf der Hand, daß deren unternehmerische Betätigung wesentlich ungestörter verläuft, wenn sie nicht ständigem Wettbewerb ausgesetzt ist. Für die Gebietskörperschaften stellt sich die Situation indes nicht so vorteilhaft dar. Es dient zwar auch deren Interessen, ein Unternehmen für ihr Gebiet zu monopolisieren, weil jedes andere Vorgehen wirtschaftlich unsinnig wäre³. Sie sind jedoch bei der Auswahl ihres Vertragspartners durch die demarkationsrechtlichen Regelungen stark eingeschränkt. Diese bewirken nämlich in aller Regel, daß aufgrund längerfristiger horizontaler und vertikaler vertraglicher Absprachen unter den Energieversorgungsunternehmen nur ein bestimmtes Unternehmen zur Versorgung einer Gebietskörperschaft berechtigt ist. Will eine Gemeinde die Sicherheit der Versorgung ihrer Einwohner nicht gefährden, bleibt ihr in den meisten Fällen keine andere Wahl, als diesem "berechtigten" Unternehmen das Versorgungsrecht einzuräumen. Andernfalls, d.h. wenn die Gebietskörperschaft einem anderen Unternehmen die Versorgung des Gemeindegebiets übertragen würde, hätte dieses zwar den Benutzungsrechtstitel und das von der Gemeinde

3) S. dazu sogleich unten S. 98 f.

eingeräumte Versorgungsrecht, wäre aber aufgrund entgegenstehender Demarkationsverträge dennoch an der Versorgung gehindert. Die Ordnung der öffentlichen Energieversorgung ist somit weitestgehend durch die privatautonomen Absprachen innerhalb der Versorgungswirtschaft vorherbestimmt. Den Gebietskörperschaften ist im Regelfall die Möglichkeit entzogen, zu bestimmen, welches Unternehmen sie mit der Versorgungsaufgabe betrauen wollen. Die gemeindliche Konzessionierung eines Versorgungsunternehmens stellt sich damit in den meisten Fällen als bloßer Nachvollzug der vorgegebenen privatvertraglichen Demarkationen dar. Ein Wettbewerb um gemeindliche Versorgungsgebiete und damit eine Auswahlmöglichkeit der Gebietskörperschaften erscheint damit nur bei Vorliegen besonderer Umstände eröffnet, z.B. wenn gleichzeitig Demarkationsverträge auslaufen und die Neuvergabe der Versorgung einer Gebietskörperschaft ansteht⁴.

Ungeachtet dessen, welche Auswirkungen im Einzelfall die Regelungen in Demarkations- und Konzessionsverträgen besitzen, bleibt festzuhalten, daß sie generell bereits jede für sich und der Wirkung nach potenziert in ihrem Zusammenspiel zu einer Monopolisierung der öffentlichen Versorgungswirtschaft geführt haben. Sie stehen damit dem ersten Anschein nach in einem Widerspruch zur marktwirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und geraten aufgrund ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

4) Zu dieser mißlichen Lage der Gemeinden eingehend Bartlsperger, DVBl 1980, S. 249 ff. - S. 254.

II. Die Verträge der öffentlichen Versorgungswirtschaft im Ordnungssystem des GWB

Das Grundanliegen des GWB liegt in der Sicherung und Durchsetzung eines funktionierenden Wettbewerbs in der marktwirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland⁵. Dies kommt bereits in der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Ausdruck, in der es heißt⁶: "Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt."

1. Die rechtliche Erfassung der versorgungswirtschaftlichen Verträge im Entwurf des GWB

- a) Es mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, daß bereits der Entwurf des GWB die versorgungswirtschaftlichen Verträge nicht in vollem Umfang den auf die Sicherstellung und Förderung des Wettbewerbs gerichteten Vorschriften unterwarf, sondern eine Freistellungsmöglichkeit von einzelnen Vorschriften des GWB durch Rechtsverordnung des Bundesministers für Wirtschaft vorsah⁷. Dieser scheinbare Wider-

5) Zur Rechtslage vor der Geltung des GWB vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 22 ff.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdrrn. 19 ff.

6) BT-Drs. II, 1158, S. 21.

7) S. dazu näher unten S. 100 f.

spruch läßt sich jedoch dahingehend klären und auflösen, daß das Bekenntnis des Entwurfs des GWB zum freien Wettbewerb nicht ein unbedingtes war. Es wurde zutreffend erkannt, daß es Märkte mit unvollständigem Wettbewerb gibt, bei denen die Erzwingung eines vollständigen Wettbewerbs nur noch eine weitere Konzentration zur Folge hätte⁸ und damit auch dem erklärten Ziel der bestmöglichen Versorgung der Verbraucher zuwiderlaufe. Zu solchen Märkten mit unvollständiger Wettbewerbsstruktur zählt der Entwurf auch den Bereich der öffentlichen Energieversorgung. Allgemein wird zunächst darauf verwiesen, daß in diesem Sektor sogenannte Leitungsmonopole bestehen, "die durch die bestimmte Art der Produktion und der Leistungsdarbietung gekennzeichnet sind (Versorgungsunternehmen für Wasser, Gas, Elektrizität ...)" und daß infolgedessen der Marktautomatismus nicht zur Geltung kommen könne⁹. Im einzelnen wird dazu ausgeführt¹⁰, daß in der öffentlichen Versorgungswirtschaft besondere Wettbewerbsverhältnisse vorhanden seien,

8) A.a.O. (FN 6), S. 22.

9) A.a.O. (FN 5), S. 23; Emmerich, Ist der kartellrechtliche Ausnahmereich für die leitungsgebundene Versorgungswirtschaft wettbewerbspolitisch gerechtfertigt?, S. 65 ff., S. 74 ff., sieht demgegenüber Möglichkeiten zur Durchsetzung einer wettbewerblichen Ordnung; s. dazu auch ders., Kartellrecht, S. 320 sowie ders., JZ 1982, S. 496 ff. - S. 498 f.; noch weitergehend Karst, Die kartellrechtliche Sonderstellung der Energieversorgungsunternehmen und ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, S. 103 ff., der keinerlei objektiven Notwendigkeiten für eine solche Sonderstellung der Energieversorgungsunternehmen erkennen kann und demgemäß auch die Regelung des § 103 GWB für verfassungswidrig wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG hält. Diese Meinung vertritt, soweit ersichtlich, sonst niemand.

10) A.a.O. (FN 6), S. 57.

die auf der Eigenart von Erzeugung und Verbrauch beruhten. Beide stellten einen technisch und zeitlich im wesentlichen untrennbaren Vorgang dar, Speicherung von Energie und Wasser sei nur in beschränktem Umfang möglich. Außerdem erfordere die Errichtung neuer Versorgungsanlagen einen erheblichen Aufwand von Zeit und Kapital. Es sei deshalb nicht möglich, jederzeit elastisch und mit wirtschaftlich größtem Nutzeffekt die Erzeugung einem vergrößerten oder verringerten Bedarf anzupassen.

- b) Der Entwurf des GWB geht aufgrund dieser besonderen technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse davon aus, daß man diesen nur gerecht werden könne, wenn man das GWB nicht in vollem Umfang auf die Energiewirtschaft anwende. Die öffentliche Versorgungswirtschaft kenne zwar eine Anzahl von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, gegen diese bestünden aber aus gesamtwirtschaftlichen Gründen keine Bedenken, weil sie die Grundlage für eine gesicherte und preisgünstige Versorgung bildeten.

Im einzelnen sah der Entwurf in § 77 die Möglichkeit vor, unter anderem Konzessionsverträge und Demarkationsverträge von der Anwendung der §§ 1 - 12 (im wesentlichen und soweit hier von Belang: Kartellverträge und -beschlüsse) freizustellen. Im Unterschied zur heutigen Regelung des Ausnahmereichs für die leitungsgebundene Energieversorgung in § 103 GWB, nach der solche Verträge mit der Anmeldung bei der Kartellbehörde wirksam werden, enthielt § 77 des Entwurfs eine

restriktivere Regelung. Nach dieser sollte der Bundesminister für Wirtschaft befugt sein, "bis zu einer gesetzlichen Regelung der Wettbewerbsverhältnisse in der öffentlichen Versorgung mit Energie und Wasser" mit Zustimmung des Bundesrats durch Rechtsverordnung die Freistellung zu bestimmen. § 77 des Entwurfs stellte damit seinem Zweck nach ein Provisorium dar. Die Neuregelung der Wettbewerbsverhältnisse der öffentlichen Versorgungswirtschaft war im Rahmen der Novellierung des EnWG vorgesehen.

Nach eingehender Beratung verabschiedete der Ausschuß für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) Vorschläge zur Änderung des Entwurfs¹¹, die neben einer inhaltlichen Präzisierung des Ausnahmebereichs für die öffentlichen Energieversorgung vorsahen, daß die im Entwurf beschriebenen Verträge automatisch freigestellt werden sollten. Der Ausschuß hielt es für angemessen, die Freistellung unmittelbar im Gesetz zu regeln, betonte aber ausdrücklich die Dringlichkeit einer umfassenden Regelung der Wettbewerbsverhältnisse der öffentlichen Energieversorgung im Rahmen einer allgemeinen Regelung durch entsprechende Gesetze, wofür das EnWG und das Wasserwirtschaftsgesetz vorgesehen waren. Die Vorschläge des Ausschusses für Wirtschaftspolitik setzten sich im Gesetzgebungsverfahren durch, sie wurden inhaltlich unverändert in das GWB vom 27.7.1957 übernommen. Eine Neuordnung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Sektor der öffentlichen Energieversorgung durch die entsprechenden Fachgesetze ist allerdings nicht erfolgt.

11) BT-Drs. II, 3644.

2. Gesetzgeberische Initiativen und Stellungnahmen zum kartellrechtlichen Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Energieversorgung

- a) Eine der ersten Stellungnahmen zum Ausnahmebereich "Öffentliche Versorgungswirtschaft" gab die Bundesregierung in ihrem Bericht über Änderungen des GWB aus dem Jahre 1962¹² ab. Sie betonte eingangs, daß das GWB einen wesentlichen Beitrag zur Förderung und Erhaltung der sozialen Marktwirtschaft darstelle und grundsätzlich auch geeignet sei, diese wirtschaftspolitische Konzeption zu verwirklichen¹³. Nachfolgend wies sie jedoch darauf hin¹⁴, daß einige Vorschriften des GWB im Hinblick auf eine Änderung überprüfungsbedürftig seien. Dazu rechnete die Bundesregierung auch die Freistellung der Versorgungsunternehmen gemäß § 103 GWB. Eine abschließende Beurteilung der Frage, ob diese Freistellung durch § 103 GWB im gesetzlich gewährten Umfang notwendig sei, war der Bundesregierung jedoch infolge mangelnder Erfahrung bei der Anwendung dieser Vorschrift zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich.

Entschiedener äußerte sich das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht 1963¹⁵. Das Bundeskartellamt bezog sich hier auf einen Strompreisvergleich von vier Sachverständigen der EWG-Kommission, der ergeben hatte, daß die Strompreise für einzelne Abnehmergruppen in der Bundesrepublik Deutschland höher waren als in an-

12) BT-Drs. IV, 617.

13) A.a.O. (FN 12), S. 8.

14) A.a.O. (FN 12), S. 9.

15) BT-Drs. IV, 2370.

deren Ländern der Europäischen Wirtschaftsge-
meinschaft. Zur Absenkung des Strompreisniveaus
unterbreitete das Bundeskartellamt den Vorschlag,
die kartellrechtliche Freistellung der Demarka-
tionsverträge in § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB aufzuhe-
ben. Es war der Meinung, daß dadurch ein be-
grenzter Wettbewerb zwischen Versorgungsunter-
nehmen ermöglicht werde, der sich auf deren
Preisgestaltung auswirken, andererseits aber
nicht die sichere und wirtschaftliche Energie-
versorgung beeinträchtigen würde¹⁶.

Bemerkenswert ist weiterhin ein "Diskussionsvor-
schlag einer neuen gesetzlichen Regelung des
kartellrechtlichen Ausnahmebereichs in der Ver-
sorgungswirtschaft"¹⁷, der von der Arbeitsgrup-
pe "Elektrizitätswirtschaft" im Bundeswirt-
schaftsministerium den sachlich beteiligten Ver-
bänden am 5. März 1964 zugeleitet wurde. Der
Diskussionsvorschlag unterbreitete den Text
eines völlig neu gefaßten § 103 GWB. In einem
ersten sachlichen Änderungspunkt zielte der Dis-
kussionsvorschlag darauf ab, die Freistellungs-
wirkung für Konzessionsverträge zeitlich zu be-
schränken. In dem insoweit neu gefaßten § 103
Abs. 1 Nr. 1 GWB war vorgesehen, daß die Frei-
stellungswirkung für Verträge, in denen sich
eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Ver-
sorgung ihres Gebiets ausschließlich einem Un-
ternehmen zu gestatten und selbst keine derar-
tige Versorgung zu betreiben, nur eintreten

16) A.a.O. (FN 15), Tz. 82.

17) Der Text ist abgedruckt bei Stern, Die ver-
fassungsrechtliche Position der kommunalen
Gebietskörperschaften in der Elektrizitäts-
versorgung, S. 8 f.

solle, soweit diese Verträge eine maximale Laufdauer von 20 Jahren nicht überschritten. Eine noch tiefergreifende Änderung des Status quo war in § 103 Abs. 2 S. 1 des Diskussionsvorschlags vorgesehen. Hier sollten die Gebietskörperschaften dazu verpflichtet werden, "Verträge der in Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Art nur mit demjenigen Unternehmen abzuschließen, das für die Gesamtheit der Verbraucher in der Gebietskörperschaft die langfristig preisgünstigste Versorgung gewährleistet". § 103 Abs. 2 S. 2 des Vorschlags sah eine bindende Verpflichtung der Gebietskörperschaften vor, "zur Ermittlung des preisgünstigsten Angebots ... die Vergabe der ausschließlichen Gestattung öffentlich auszuschreiben und die schriftliche Stellungnahme eines sachverständigen neutralen Gutachters einzuholen". Um die Gebietskörperschaften anzuhalten, bei der Vergabe diesen Anforderungen nachzukommen, ordnete § 103 Abs. 2 S. 3 des Vorschlags für Verträge, die unter Verstoß gegen Satz 2 zustandekommen sollten, deren Unwirksamkeit an. Für Gebietskörperschaften, die selbst ein Energieversorgungsunternehmen betreiben, sah § 103 Abs. 2 S. 4 des Vorschlags darüber hinaus die öffentliche Ausschreibung der Vergabe der ausschließlichen Gestattung für das von ihnen versorgte Gebiet vor, wobei eine unbillige Behinderung anderer Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung des § 26 Abs. 2 zu unterbleiben hätte. Folgerungen aus diesem Diskussionsvorschlag wurden von keiner Seite gezogen; er fand in Fachkreisen keine Reso-

nanz und wurde nicht weiterverfolgt¹⁸. Trotz der fehlenden Auswirkungen auf die nachfolgenden Verfahren zur Änderung des GWB beanspruchen die Vorschläge der Arbeitsgruppe "Elektrizitätswirtschaft" Aufmerksamkeit, weil hier - soweit ersichtlich erstmalig - ein Versuch unternommen wurde, die konzessionsvertragliche Praxis der Gebietskörperschaften in größerem Umfang zu ändern.

Eine erste umfassende Stellungnahme zur öffentlichen Energieversorgung gab die Bundesregierung in ihrem Bericht zur Stromversorgung der deutschen Wirtschaft vom 14.3.1969¹⁹ ab. Sie vertrat hier die Meinung, daß die deutsche Elektrizitätswirtschaft "durch eine Vielzahl von Versorgungsunternehmen mit einer Quasi-Monopolstellung in den von ihr versorgten Gebieten" gekennzeichnet sei, die auf die Leitungsgebundenheit der Elektrizität zurückgehe, jedoch durch das bestehende System der wettbewerbsbeschränkenden Demarkations- und Konzessionsverträge noch erheblich verstärkt werde. Dies ermögliche "von der Marktposition her eine Preisgestaltung oberhalb des Konkurrenzpreisniveaus" und begünstige zugleich auch das Fortbestehen der bisherigen Struktur dieses Wirtschaftszweiges. Die Bundesregierung war der Auffassung, daß eine Auflockerung der Monopolstellungen die Stromversorgung der deutschen Wirtschaft verbessern und zugleich zu einer Lösung der Strukturprobleme beitragen könne. Als einleitende

18) So Stern, a.a.O. (FN 17), Vorwort; vgl. dazu den von der Bundesregierung am 18.9.1964 eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB (BT-Drs. IV, 2564), der in keiner Weise auf den kartellrechtlichen Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Energieversorgung eingeht.

19) BT-Drs. V, 3978.

Maßnahme war dafür die Aufhebung des generellen Rechtsschutzes für Demarkationsverträge vorgesehen, die im Rahmen eines neu zu gestaltenden Energiewirtschaftsgesetzes erfolgen sollte²⁰.

Im einzelnen sollte für die als wettbewerbspolitisch systemfremd gehaltenen Demarkationsverträge²¹ die generelle Freistellung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB aufgehoben und durch "eine spezielle Erlaubniserteilung auf der Grundlage einer individuellen Prüfung jedes einzelnen Vertrags nach § 5 Abs. 2 GWB" ersetzt werden. Die Bundesregierung äußerte sich in ihrem Bericht auch zum System der Konzessionsverträge. Sie bezeichnete auch diese als "wettbewerbspolitisch grundsätzlich unerwünscht"²², war jedoch bezüglich der Frage einer Aufhebung des § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB und eines nur speziellen Rechtsschutzes der Konzessionsverträge eher zurückhaltend. Sie verwies darauf, daß im allgemeinen "die Versorgung eines Gebiets durch ein einziges Elektrizitätsversorgungsunternehmen am kostengünstigsten" sein werde und daß die Gebietskörperschaften bei einer Aufhebung des generellen Rechtsschutzes - wie bei einer Beseitigung des Rechtsschutzes für Demarkationsverträge - genötigt seien, "von Fall zu Fall darzulegen, daß mit der Absprache eine verbesserte Stromversorgung erzielt würde"²³. Dies bedeute zum einen, daß sich die Kartellbehör-

20) A.a.O. (FN 19), S. 1.

21) Weil diese den Wettbewerb von Energieversorgungsunternehmen um die Belieferung von Stromabnehmern ausschließen würden, Bundesregierung a.a.O. (FN 19), S. 8.

22) A.a.O. (FN 19), S. 9.

23) A.a.O. (FN 19), S. 10.

den mit einer sehr großen Zahl von Einzelfällen befassen müßten, zum anderen könne nicht ausgeschlossen werden, daß aufgrund der sich ergebenden Schwierigkeiten bei Abschluß und Durchführung von Konzessionsverträgen die Gemeinden veranlaßt werden könnten, der kommunalen Eigenversorgung den Vorzug vor einer Versorgung durch regionale und überregionale Energieversorgungsunternehmen zu geben. Dies wäre energiepolitisch unerwünscht, wenn die regionale oder überregionale Fremdversorgung von Gemeinden günstigere Versorgungsmöglichkeiten bieten sollte, als die kommunale Eigenversorgung²⁴. Ganz generell sei auch zu beachten, daß die Gemeinden auch bei einer Streichung des § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgrund ihrer Eigentümerposition an den öffentlichen Wegen nicht daran gehindert werden könnten, diese Wege auch weiterhin exklusiv einem Versorgungsunternehmen zur Verfügung zu stellen. Es sei deshalb gegebenenfalls zu überlegen, wie einer solchen Umgehung begegnet werden könnte. Als theoretische Möglichkeiten für eine Neuordnung war dabei gedacht an gesetzliche Wegebenutzungsrechte, Begründung eines Kontrahierungszwangs für die Gemeinden, Verleihung von Nutzungsrechten an den öffentlichen Wegen bis hin zur Erteilung echter Konzessionen durch bestimmte Behörden.

Die am 20.3.1970 und 28.10.1970 eingebrachten Referentenentwürfe zur 2. Kartellrechtsnovelle²⁵

24) A.a.O. (FN 19), S. 10.

25) S. dazu den Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmereiche des GWB vom 4.2.1975, BT-Drs. 7, 3206, Tz. 3.

sahen ebenfalls Verschärfungen der gesetzlichen Regelungen im Bereich der Energieversorgung vor, insbesondere sollte eine vorhergehende Genehmigungspflicht für Demarkationsverträge eingeführt werden. Diese Überlegungen fanden jedoch keinen Eingang in den Regierungsentwurf zur 2. Kartellgesetznovelle vom 18.8.1981²⁶, weil sie nicht so vordringlich erschienen, wie die Schwerpunkte der Novelle.

Eine weitere Entwicklung in bezug auf Demarkationsverträge ergab sich ebenfalls im Jahr 1971, als ein Arbeitskreis aus Angehörigen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Finanzen sowie der Energieaufsichtsbehörden der Länder, der sich seit einiger Zeit mit der Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes von 1935 befaßt hatte, ein Arbeitspapier²⁷ vorlegte, in dem thesenartig die bisherigen Ergebnisse seiner Beratungen zusammengefaßt waren. Während Konzessionsverträge für wettbewerbspolitisch unbedenklich gehalten wurden, wurde bezweifelt, ob die Freistellung der Demarkationsverträge weiterhin im bisherigen Umfang wünschenswert sei. Vorgesehen war deshalb, den generellen Rechtsschutz in § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB durch einen speziellen Genehmigungsvorbehalt zu ersetzen.

Das 2. Gesetz zur Änderung des GWB vom 3.8.1973²⁸ ließ die Ausnahmereiche bis auf den Bereich

26) BT-Drs. VI, 2520.

27) Der wesentliche Inhalt ist abgedruckt in ET 1971, S. 741 ff.

28) RGBl. I, S. 917 (Entwürfe: BT-Drs. VI, 2520 und BT-Drs. 7, 76).

der Verkehrswirtschaft im wesentlichen unverändert.

Eine nächste Stellungnahme zum Freistellungsbe-
reich des § 103 GWB gab ein vom Bundesminister
für Wirtschaft im Jahr 1970 gebildeter Arbeits-
kreis "Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts",
der sich aus Mitarbeitern des Bundesministeriums
für Wirtschaft und mehrerer Länderwirtschafts-
ministerien zusammensetzte, ab. In seinem Ar-
beitspapier vom 14.4.1974²⁹ schlug dieser Ar-
beitskreis vor, der Kartellbehörde für Demar-
kationsvereinbarungen im Sinn des § 103 Abs. 1
Nr. 1 GWB ein Widerspruchsrecht einzuräumen,
"um das Wirksamwerden von Demarkationsverträgen,
die keine versorgungswirtschaftlich positiven
Auswirkungen erwarten ließen, zu vermeiden".
Eine Abänderung des generellen Rechtsschutzes
für Konzessionsverträge in § 103 Abs. 1 Nr. 2
GWB war dagegen nicht vorgesehen.

Einen weiteren bedeutenden Punkt in der Geschich-
te des Energiewirtschaftsrechts markiert der Re-
ferentenentwurf des Bundesministers für Wirt-
schaft zu einem "Gesetz zur Neuordnung des
Rechts der Versorgung mit leitungsgebundener
Energie" vom Mai 1973³⁰. Dieser Entwurf basiert
auf den Vorarbeiten des oben erwähnten Arbeits-

29) Vgl. dazu Bundesregierung, a.a.O. (FN 25),
Tz. 127.

30) Der Text ist abgedruckt bei Baur, Wider-
spruchstatbestand für Demarkationsverträge
und Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über
Demarkations- und Konzessionsverträge, S.
59 f.

kreises und hatte die Neuordnung des Energiewirtschaftsgesetzes von 1935 und des Ausnahmebereichs "Öffentliche Versorgungswirtschaft" zum Ziel. Bemerkenswert ist hierbei die geplante Einführung eines Widerspruchsrechts der Kartellbehörde gegenüber Demarkationsverträgen innerhalb einer Drei-Monats-Frist nach der Anmeldung und Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht über Demarkations- und Konzessionsverträge unter Übertragung der Grundgedanken zweier für die Praxis der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht bedeutsam gewordenen Kartellreferentenentschlüssen aus den Jahren 1965 und 1967³¹.

Der Regierungsentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des GWB vom 11.12.1974³² nahm diese Vorschläge nicht auf, beschäftigte sich vielmehr im wesentlichen nur mit dem Bereich der Pressefusionskontrolle.

Von erheblichem Interesse für die Entwicklung des Kartellrechts im Hinblick auf Demarkations- und Konzessionsverträge ist weiterhin der Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmebereiche des GWB vom 4.2.1975³³. Ihm vorausgegangen war ein anläßlich der Verabschiedung

31) Sog. Vertikalentschließung v. 10./11.6.1965 (WuW/E KRT 49 und sog. Horizontalentschließung v. 16./17.11.1967 (WuW/E KRT 50), vgl. zu diesen Hootz in: Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), § 103 Rdnr. 43 sowie zum gesamten Referentenentwurf, Bundesregierung, a.a.O. (FN 25), Tz. 128.

32) BT-Drs. 7, 2954.

33) A.a.O. (FN 25).

des 2. Gesetzes zur Änderung des GWB gestellter Entschließungsantrag der Fraktionen der SPD/FDP³⁴, in dem die Bundesregierung aufgefordert worden war, "die Ausnahmehbereiche des GWB zu überprüfen und dem Bundestag innerhalb eines Jahres einen Bericht vorzulegen". In Abkehr der Zielsetzungen, die vor allem in den Referentenentwürfen vorgebracht worden waren und vornehmlich auf eine Lockerung der Gebietsstruktur der Versorgungsunternehmen abgezielt hatten, stellte sich hier die Bundesregierung auf den Standpunkt, daß die bereits anlässlich der Beratung des GWB angeführten Gesichtspunkte in bezug auf das Bedürfnis einer umfassenden kartellrechtlichen Freistellung von Demarkations- und Konzessionsverträgen nach wie vor Geltung hätten³⁵. Die Bundesregierung verwies insbesondere ausdrücklich auf die besonderen technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Bereich der öffentlichen Versorgungswirtschaft (Leitungsgebundenheit, sehr hoher Kostenaufwand bei der Verlegung von Leitungen, Bedürfnis nach abgegrenzten Versorgungsgebieten) und sah den primären Ansatzpunkt für eine Verbesserung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen der öffentlichen Versorgungswirtschaft in einer Effektuierung der Mißbrauchsaufsicht nach § 104 GWB³⁶ über Demarkations- und Konzessionsverträge. In dieser Richtung wurde auch der Referentenentwurf vom Mai 1973 überarbeitet. Als Anknüpfungspunkt sollten dazu die beiden Kartellreferentenentschlüsse von 1965 und 1967³⁷ dienen. Für die technische Durchfüh-

34) BT-Drs. 7, 779.

35) A.a.O. (FN 25), Tz. 110.

36) A.a.O. (FN 25), Tz. 135.

37) Vgl. FN 31.

rung der Änderungen der §§ 103, 104 GWB hielt es die Bundesregierung für zweckmäßig, diese wegen deren engen sachlichen Zusammenhangs mit den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes in einem Gesetzgebungsverfahren zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts zu verbinden.

Diese Zielsetzung der Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht ist auch in der Antwort der Bundesregierung³⁸ auf die Große Anfrage mehrerer Abgeordneter und der Fraktionen der SPD/FDP vom 8.6.1977 enthalten. Auch hier führt die Bundesregierung aus, daß ein Gebietsschutz notwendig und insoweit ein "voll am Wettbewerb orientierter Ordnungsrahmen" nicht möglich sei. Beabsichtigt sei jedoch, die Aufsicht über die Versorgungswirtschaft zu straffen, insoweit bedürfe es zur Erleichterung des kartellbehördlichen Vollzugs einer Präzisierung des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs³⁹.

Völlig andere Akzente, "die auf grundlegende Änderungen des bestehenden Ordnungsrahmens"⁴⁰ abzielten, setzte die Monopolkommission in ihrem ersten Hauptgutachten 1973/1975 nach § 24 b Abs. 5 S. 1 GWB⁴¹. Dieses Gutachten enthält zwei wesentliche Ansatzpunkte. Zum einen ging die Monopolkommission davon aus, daß der Wettbewerb auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgungswirtschaft dadurch behindert werde, daß stets eine

38) BT-Drs. 8, 570.

39) A.a.O. (FN 38), S. 16.

40) So die Bundesregierung, BT-Drs. 8, 702.

41) "Mehr Wettbewerb ist möglich."

enge Verbindung des Wegemonopols der Gemeinden mit dem Versorgungsmonopol zugunsten eines Energieversorgungsunternehmens bestünde. Sie sah in dieser Hinsicht eine Möglichkeit der Verbesserung der Wettbewerbsstruktur in der Abschaffung der Konzessionsabgaben⁴². Die Monopolkommission war weiterhin der Ansicht, daß die geltende Fach-, Preis- und Mißbrauchsaufsicht nicht geeignet sei, "das Ziel einer billigen und sicheren Energieversorgung unter Ausschluß monopolistischer Mißbräuche zu gewährleisten". Sie schlug deshalb vor, diese Aufsicht einer zentralen Bundesbehörde zu übertragen und ihre Maßstäbe zu vereinheitlichen⁴³.

Die Bundesregierung folgte in ihrer Stellungnahme vom 30.6.1977⁴⁴ den von der Monopolkommission unterbreiteten Vorschlägen nicht. Sie führte dazu aus, daß eine Änderung der Verhältnisse auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgungswirtschaft nicht in dem von der Monopolkommission erstrebten Umfang notwendig sei. Ausreichend sei vielmehr eine effiziente Staatsaufsicht, die jedoch durch Verbesserungen im Rahmen des bestehenden Aufsichtssystems möglich sei⁴⁵. Insoweit sei die Präzisierung des kartellrechtlichen Mißbrauchsbegriffs des § 104 GWB beabsichtigt⁴⁶. Einen -

42) A.a.O. (FN 41), Tz. 731 - 742.

43) A.a.O. (FN 41), Tz. 776.

44) BT-Drs. 8, 702.

45) A.a.O. (FN 44), Tz. 13.

46) A.a.O. (FN 44), Tz. 29.

wenn auch nur schrittweisen - Abbau der Konzessionsabgaben hielt die Bundesregierung schon im Hinblick darauf für nicht realisierbar, daß nicht ersichtlich sei, wie den Gemeinden ein Ersatz für die dadurch entstehenden Mindereinnahmen gestellt werden sollte⁴⁷. Auf Ablehnung seitens der Bundesregierung stieß insbesondere der Vorschlag der Monopolkommission, die Preis-, Fach- und Mißbrauchsaufsicht bei einer zentralen Bundesbehörde zu koordinieren. Dies sei "allenfalls dann vertretbar, wenn krasse und auf andere Weise nicht steuerbare Fehlentwicklungen dies notwendig machen würden", was jedoch nicht der Fall sei⁴⁸. Die Bundesregierung betonte auch in dieser Stellungnahme wiederum, daß in der öffentlichen leitungsgebundenen Energieversorgung "ein Gebietsschutz erforderlich und insoweit ein voll am Wettbewerb orientierter Ordnungsrahmen nicht möglich" sei⁴⁹.

Einen vorläufigen Schlußpunkt in der kartellrechtlichen Entwicklung der Regelung des Ausnahmebereichs "Öffentliche Versorgungswirtschaft" setzender Regierungsentwurf eines 4. Gesetzes zur Änderung des GWB vom 27.9.1978⁵⁰ sowie die Beschlußempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21.2.1980⁵¹.

47) A.a.O. (FN 44), Tz. 35.

48) A.a.O. (FN 44), Tz. 18, 28, eingehend dazu Tz. 19 ff.

49) A.a.O. (FN 44), Tz. 14.

50) BT-Drs. 8, 2136.

51) BT-Drs. 8, 3690.

Entsprechend früher schon mehrfach geäußelter Stellungnahmen vertrat die Bundesregierung auch hier wieder die Meinung, daß ein voll am Wettbewerb orientierter Ordnungsrahmen nicht möglich sei⁵². Als Korrektiv für die durch Wettbewerb nicht wirksam kontrollierte Marktstellung der Energieversorgungsunternehmen unterbreitete sie einen umfangreichen Vorschlag zur Präzisierung des Mißbrauchsbegriffs, der später im wesentlichen auch Gesetz wurde⁵³ (Anfügung der Absätze 5 - 7 nach § 103 Abs. 4 GWB).

Der Ausschuß für Wirtschaft trat in seinem Bericht für die Einführung eines Mißbrauchstatbestands, der Durchleitungsrechte zum Gegenstand hatte (zusätzliche Anfügung einer Nr. 4 nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 GWB) sowie für eine Verknüpfung der Freistellungswirkung von Verträgen nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 GWB mit einer befristeten Laufzeit dieser Verträge ein (Einfügung eines § 103 a GWB nach § 103 GWB). Beide Vorschläge sind wörtlich in das 4. Gesetz zur Änderung des GWB aufgenommen worden.

- b) Betrachtet man die Vorschläge zur Änderung des Ordnungsrahmens der öffentlichen Energieversorgung, so sind dabei mehrere Dinge bemerkenswert:

Zum einen fällt auf, daß seit Erlaß des GWB bis zum Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmehereiche des GWB vom 4.2.1975⁵⁴ bezüglich der

52) A.a.O. (FN 50), S. 17.

53) Viertes Gesetz zur Änderung des GWB v. 26.4.1980, RGBI. I, S. 458; zur diesbezügl. wissenschaftlichen Diskussion s. Börner (Hrsg.), Materialien zu §§ 103, 103 a GWB, dieses Werk faßt im Sinne einer Materialsammlung eine Reihe schwer zugänglicher Veröffentlichungen zusammen.

54) A.a.O. (FN 25).

bestehenden gesetzlichen Regelung des Ausnahmebereichs "Öffentliche Versorgungswirtschaft" Bestrebungen im Gange waren, die auf eine Änderung der §§ 103, 104 GWB in relativ weitem Umfang abzielten. Insgesamt war hier eine gewisse Unsicherheit der zuständigen Ministerien und Arbeitsgruppen bezüglich der Einschätzung der Berechtigung der Regelungen des Ausnahmebereichs an sich und hinsichtlich seines Umfangs zu verzeichnen. Dies erklärt sich daraus, daß das GWB in bisher nicht gekannter Weise die Freiheit des Wettbewerbs in den Vordergrund stellte, man sich aber bewußt war, daß eine wettbewerbliche Ordnung des Sektors der leitungsgebundenen Energiewirtschaft nicht in demselben Ausmaß durchführbar war wie in anderen Bereichen. Diese Situation war ausschlaggebend dafür, daß eine gesicherte Prognose über die Entwicklung der öffentlichen Versorgungswirtschaft im Sinne des Zwecks der Ausnahmeregelung der §§ 103, 104 GWB - einer gesicherten und preiswerten Energieversorgung - zumindest in der Anfangszeit nach Inkrafttreten des GWB nur in beschränktem Ausmaß abgegeben werden konnte. Dies kommt auch deutlich im Bericht der Bundesregierung aus dem Jahr 1962⁵⁵ zum Ausdruck. Hinzu kommt, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Regelungen der §§ 103, 104 GWB nur ein Provisorium bis zur Neugestaltung des Energiewirtschaftsgesetzes darstellen sollten, was in bezug auf die Regelungen des Ausnahmebereichs "Öffentliche Versorgungswirtschaft" bedeutete, daß diese lange Zeit nicht als gefe-

55) A.a.O. (FN 12).

stigte Rechtsposition im Sinn einer endgültigen Regelung betrachtet wurden. Dies erklärt die zahlreichen Vorschläge zur Änderung des GWB, die jedoch allesamt am Widerstand der Versorgungswirtschaft oder der Kommunen scheiterten und demzufolge nicht Gesetz wurden.

Auffallend bei der weitaus überwiegenden Zahl der Vorschläge ist, daß sie sich vorwiegend auf die Demarkationsverträge im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB bezogen, demgegenüber bei den Konzessionsverträgen zwar auch Skepsis geäußert wurde, dennoch im Hinblick auf eine Änderung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen für die Konzessionsverträge aber eine betont zurückhaltende Haltung⁵⁶ an den Tag gelegt wurde (mit Ausnahme des gescheiterten Diskussionsvorschlags vom März 1964⁵⁷). An dieser Entwicklung läßt sich ablesen, daß die Demarkationsverträge weit mehr für wettbewerbsschädlich eingeschätzt wurden, als die gemeindlichen Konzessionsverträge. Man war sich wohl trotz aller Skepsis darüber einig, daß die Monopolisierung eines Energieversorgungsunternehmens zur Versorgung eines Gemeindegebiets trotz der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung eine Lösung ist, die eine gesicherte und preiswerte Energieversorgung gewährleistet. Dies und auch die Erkenntnis der Bedeutung des gemeindlichen Wegeigentums kommt auch deutlich im Bericht der

56) Vgl. z.B. den Bericht der Bundesregierung zur Stromversorgung der deutschen Wirtschaft, a.a.O. (FN 19).

57) A.a.O. (FN 17).

Bundesregierung zur Stromversorgung der deutschen Wirtschaft vom März 1969⁵⁸ zum Ausdruck. Die in diesem Bericht enthaltenen Gedanken zur Einführung gesetzlicher Wegebenutzungsrechte bis hin zur Erteilung echter Konzessionen durch bestimmte Behörden zeigen bereits aufgrund der fehlenden Erörterungen dazu, welche dieser Möglichkeiten konkret ins Auge gefaßt werden sollte und wie diese Regelung im einzelnen inhaltlich auszugestalten wäre, daß die Bundesregierung hierzu nicht die Absicht hatte, in absehbarer Zeit eine derartige Neuordnung in einem Änderungspapier explizit zur Diskussion zu stellen.

Die entscheidende Wende in der Beurteilung der Wettbewerbssituation innerhalb der leitungsgebundenen Energieversorgung vollzog die Bundesregierung in ihrem Bericht über die Ausnahmereiche vom 4.2.1975⁵⁹, in dem sie inhaltlich die bereits dem Regierungsentwurf zum GWB zugrundeliegenden Gedanken⁶⁰ zu den Ausnahmeregelungen der §§ 103, 104 GWB wieder aufgriff und sie in ihrer aktuellen Bedeutung neu bestätigte. Dieser Wandel in der Beurteilung kann wohl zum einen darauf zurückgeführt werden, daß bisher sämtliche Reformvorschläge am Widerstand der beteiligten Kreise gescheitert waren, zum anderen darauf, daß nach nunmehr 18 Jahren seit Erlaß des GWB ein genügend langer Zeitraum vorlag, aufgrund dessen eine profunde Analyse abgegeben werden konnte.

58) A.a.O. (FN 19).

59) A.a.O. (FN 25).

60) A.a.O. (FN 6).

Die Bundesregierung erkannte hier, daß die öffentliche Energieversorgung im großen und ganzen in zufriedenstellender Weise funktionierte und sah deshalb keinen Anlaß mehr, tiefgreifende Änderungen im Gefüge der §§ 103, 104 GWB zu initiieren. Sie kam vielmehr zu dem Ergebnis, daß bestehenden Systemmängeln durchaus mit einer Präzisierung der Mißbrauchstatbestände begegnet werden könnte. In diese Richtung zielten auch alle weiteren Äußerungen der Bundesregierung zum Ausnahmereich der öffentlichen Versorgungswirtschaft. Ein einstweiliges Ende fand diese Entwicklung im 4. Gesetz zur Änderung des GWB, in das diese Zielsetzungen Eingang fanden. Mit dieser Entwicklung kann jetzt davon ausgegangen werden, daß zumindest der Gedanke der Einbeziehung der kartellrechtlichen Ausnahmestimmungen in ein neu zu erlassendes Energiewirtschaftsgesetz in nächster Zeit nicht mehr aufgegriffen wird. Es ist lediglich vorgesehen, daß die Bundesregierung nach einem ausreichenden Zeitraum über die Erfahrungen mit den Regelungen der §§ 103, 103 a GWB einen Bericht erstattet und gegebenenfalls Änderungsvorschläge unterbreitet⁶¹. Es steht damit zu erwarten, daß auch in Zukunft eine Weiterentwicklung der §§ 103, 103 a GWB erfolgen wird; ein tiefgehender Eingriff in diese Normen oder auch ein neues Energiewirtschaftsgesetz, das kartellrechtliche Ausnahmeregelungen für die öffentliche Versorgungswirtschaft zum Inhalt hat, erscheinen jedoch für die nähere Zukunft als nicht sehr wahrscheinlich⁶².

61) Entschließungsanträge des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 8, 3690, S. 3 und des Bundesrats, BR-Drs. 113/2/80.

62) So auch Möschel, a.a.O. (FN 5), Rdnr. 1024; Büdenbender, Der Landkreis 1980, S. 590 ff. - S. 590.

III. Grundstrukturen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs für die öffentliche Energieversorgung

Für die kartellrechtliche Erfassung von Verträgen im Bereich der öffentlichen Versorgung mit leitungsggebundener Energie beanspruchen die Vorschriften der §§ 103, 103 a GWB eine herausragende Bedeutung⁶³. In gesetzessystematischer Hinsicht konstituiert § 103 GWB einen durch § 103 a GWB zeitlich befristeten Freistellungsbereich, innerhalb dessen einzelne Vorschriften des Kartellrechts nicht zur Anwendung kommen. Der Regelungsgehalt der §§ 103, 103 a GWB ist damit durch eine negative Ausgrenzungsfunktion gekennzeichnet. Die kartellrechtliche Gültigkeit von Verträgen und Absprachen der öffentlichen Energieversorgung wird hier nicht umfassend den Voraussetzungen nach geregelt, etwa in dem Sinn, daß bestimmte inhaltliche Anforderungen an solche Vereinbarungen gestellt würden. Der Gesetzgeber hat insofern einen anderen Weg eingeschlagen, als das GWB explicit keine Aussagen darüber trifft, ob bzw. inwieweit die genannten Vereinbarungen kartellrechtlich relevant sind. Durch § 103 GWB werden Absprachen auf dem Gebiet der öffentlichen Energieversorgung damit nur insofern erfaßt, als sie tatbestandsmäßig den §§ 1 GWB (Bildung von Kartellen), 15 GWB (Verträge über Preisgestaltung oder Geschäftsbedingungen) und 18 GWB (Ausschließlichkeitsbindungen) unterfallen würden. Es läßt sich damit sagen, daß Vereinbarungen im Bereich der öffentlichen Energieversorgung durch das GWB generell keine Sonderbehandlung erfahren, diese

63) So auch Klaue, a.a.O. (FN 2), § 103 Rdnr. 23.

allerdings, soweit sie dem GWB unterfallen, durch § 103 GWB von der Anwendung einzelner Vorschriften des GWB ausgenommen sind. Darüber hinaus bleibt festzuhalten, daß nicht alle Verträge der öffentlichen Versorgungswirtschaft durch die Regelung des § 103 GWB begünstigt werden. § 103 GWB privilegiert nur einzelne, genau umrissene Absprachen, für sonstige, darüber hinausgehende Vereinbarungen ist stets grundsätzlich der gesamte Anwendungsbereich des GWB eröffnet.

Vereinbarungen, die an der Freistellungswirkung des § 103 GWB teilhaben, sind als Korrektiv für diese kartellrechtliche Bevorzugung durch § 103 Abs. 4-6 GWB einer kartellbehördlichen Aufsicht unterworfen, durch die sichergestellt werden soll, daß die Freistellung nicht entgegen der ihr zugrundeliegenden gesetzgeberischen Motivation, "insbesondere der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung" (§ 103 Abs. 4 S. 1 GWB) mißbraucht wird. Der Kartellbehörde ist insoweit durch § 103 Abs. 6 GWB die Befugnis eingeräumt, durch Einzelmaßnahmen gegen mißbräuchliches Verhalten einzuschreiten.

In § 103 a Abs. 1 GWB erfährt die durch § 103 GWB eingeräumte Freistellung eine Modifikation dahingehend, daß diese an die Erfüllung der Voraussetzung einer Laufzeit des betreffenden Vertrags von nicht mehr als 20 Jahren gebunden ist. § 103 a Abs. 2 und 3 GWB unterstellen bestimmte, durch § 103 Abs. 1 GWB freigestellte Verträge nach deren Ablauf bei

einer Verlängerungsanmeldung einer speziellen Mißbrauchsaufsicht. § 103 a Abs. 4 GWB schließlich trifft Regelungen bezüglich der Freistellungsdauer von Verträgen, die vor Inkrafttreten des § 103 a GWB abgeschlossen wurden (Altverträge).

1. Die von der Freistellung des § 103 Abs. 1 GWB
erfaßten Verträge

Der Freistellungsbereich des § 103 Abs. 1 GWB umfaßt die in der öffentlichen Energieversorgung gebräuchlichen Verträge zwischen Versorgungsunternehmen untereinander und zwischen Versorgungsunternehmen und Gebietskörperschaften. Es handelt sich hier um die von § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB beschriebenen Gebietsschutzverträge sowie um Preisbindungsverträge (§ 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB) und Verbundverträge (§ 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB)⁶⁴.

- a) § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB bezieht sich auf Demarkationsvereinbarungen. Wie bereits dargestellt^{64a}, sind dies Absprachen von Versorgungsunternehmen untereinander bzw. mit Gebietskörperschaften, durch welche die jeweiligen Belieferungsgebiete in der Weise aufgeteilt werden, daß sich jeweils ein Vertragspartner verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine Energieversorgung zu unterlassen. Erfaßt sind hierbei sämtliche Arten von Demarkationsabreden⁶⁵, also nicht nur unmittelba-

64) Preisbindungs- und Verbundverträge bleiben nachfolgend ohne Erörterung, weil sie für die Thematik dieser Arbeit nicht von Bedeutung sind.

64a) S. oben S. 96.

65) Vgl. dazu Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnrn. 557 ff.

re Demarkationsvereinbarungen, die die Gebietsaufteilung im Hinblick auf die Versorgung von Letztverbrauchern zum Inhalt haben, sondern auch mittelbare, die die Belieferung von weiterverteilenden Versorgungsunternehmen in einem bestimmten Gebiete regeln, sowie unselbständige, d.h. außerhalb eines bereits bestehenden vertraglichen Verhältnisses der Parteien abgeschlossene Vereinbarungen. Nicht erforderlich ist, daß sich die Vereinbarungen auf Gebiete beziehen, bezüglich derer von einer der Parteien eine Versorgung konkret beabsichtigt ist. Im Ergebnis sanktioniert der Freistellungstatbestand des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB die vertragliche Praxis der genau abgegrenzten, geschlossenen Versorgungsgebiete unter Ausschluß jeglicher Konkurrenz. Die privatwirtschaftliche Autonomie der Energieversorgungsunternehmen bei der Gebietsgestaltung ist damit auch in kartellrechtlicher Hinsicht abgesichert.

- b) Die Regelung des § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB betrifft die in Konzessionsverträgen getroffenen Vereinbarungen zwischen Versorgungsunternehmen und Gebietskörperschaften, in denen sich die Gebietskörperschaften verpflichten, jeweils nur einem Versorgungsunternehmen das ausschließliche Recht der Benutzung von öffentlichen Straßen zum Zweck der Verlegung und des Betriebs von Energieleitungen zu gewähren. Voraussetzung dafür ist, daß es sich bei der Energieversorgung um eine solche von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft handelt,

die entweder bereits durchgeführt wird oder doch zumindest beabsichtigt ist. In der Literatur besteht keine Übereinstimmung, ob ein gegenüber einem Versorgungsunternehmen erklärter Verzicht auf eine eigene Versorgung tatbestandsmäßig der Regelung des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB oder derjenigen des § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB als Annex zur Bestellung des ausschließlichen Wegerechts unterfällt⁶⁶. Fest steht jedoch, daß weitergehende in Konzessionsverträgen enthaltene Abreden jedenfalls nicht mehr an der kartellrechtlichen Privilegierung teilhaben.

- c) Die Freistellungswirkung des § 103 Abs. 1 GWB ist sowohl für die von Abs. 1 Nr. 1 als auch für die von Abs. 1 Nr. 2 erfaßten Vereinbarungen davon abhängig, daß sich diese auf eine öffentliche Energieversorgung beziehen. Gemäß der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 EnWG, die dem kartellrechtlichen Begriff entspricht, ist eine öffentliche Energieversorgung durch die Belieferung anderer mit Energie bestimmt. Vereinbarungen, die Durchgangsleitungen oder eine Eigenversorgung mit Energie zum Inhalt haben, unterfallen damit nicht dem Freistellungsbereich des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB. Weiterhin werden Vereinbarungen nur dann durch § 103 GWB freigestellt, wenn sie sich auf eine Energieversorgung über feste Leitungswege beziehen und

66) Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 569.

außerdem auch nicht die öffentliche Versorgung mit einer anderen Energieart ausschließen (§ 103 Abs. 2 GWB, sog. Gasklausel). An weitere besondere Voraussetzungen ist die Freistellungswirkung des § 103 GWB nicht geknüpft, es ist insbesondere kein besonderes kartellbehördliches Erlaubnisverfahren erforderlich. Einzige Voraussetzung für den Eintritt der Freistellungswirkung ist, bei Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 die Anmeldung der getroffenen Vereinbarung gemäß § 103 Abs. 3 GWB i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GWB bei der Kartellbehörde und die schriftliche Festlegung des Vertragsinhalts (§§ 105, 34 GWB). Eine Eintragung der Vereinbarungen in das Kartellregister findet nicht mehr (seit der 4. Kartellrechtsnovelle) statt (§ 103 Abs. 3 S. 2 GWB).

2. Die Rechtswirkungen der Freistellung nach § 103 Abs. 1 GWB

Der gesetzgeberischen Entscheidung, Vereinbarungen im Bereich der öffentlichen Energieversorgung nicht in vollem Umfang den kartellrechtlichen Verbots- bzw. Eingriffsnormen zu unterstellen, liegen die bereits bekannten technisch-ökonomischen Besonderheiten der öffentlichen leitungsgebundenen Energieversorgung zugrunde⁶⁷.

67) Vgl. dazu bereits oben S. 98 f.

- a) Demarkations- und Konzessionsverträge sind entsprechend dieser besonderen Situation der öffentlichen Energieversorgung in § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB von der Anwendung der §§ 1, 15 und 18 GWB ausgenommen. Dies bedeutet, daß die Gültigkeit solcher Vereinbarungen, eine Anmeldung gemäß § 103 Abs. 3 GWB bei der Kartellbehörde unterstellt, nicht an den Vorschriften der §§ 1, 15 und 18 GWB gemessen werden darf. Versorgungswirtschaftliche Vereinbarungen sind dadurch in weitem Umfang von den Gültigkeitsvorschriften des GWB dispensiert. Übersehen werden darf hierbei allerdings nicht, daß die Freistellungswirkung nur die Reglementierungen der §§ 1, 15 und 18 GWB zum Bezugspunkt hat. Dies bedeutet zum einen, daß durch § 103 Abs. 1 GWB die Anwendung anderer kartellrechtlicher Vorschriften auf die in § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB bezeichneten Vereinbarungen nicht ausgeschlossen wird⁶⁸. Von Belang können hier insbesondere § 22 GWB, der das Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen bestimmten Anforderungen unterwirft und § 26 Abs. 2 GWB (Diskriminierungsverbot) sein. Andererseits trifft § 103 Abs. 1 GWB keine Aussage dahingehend, daß Demarkations- und Konzessionsverträge stets und automatisch im Anwendungsbereich der §§ 1, 15 und 18 GWB angesiedelt sein müßten. Zwar besteht zwischen § 103 GWB und diesen Nor-

68) So auch Immenga, in: Emmerich/Lukes (Hrsg.), Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, S. 3 ff. - S. 8; Emmerich, a.a.O. (FN 2), S. 66.

men eine Beziehung dergestalt, daß in § 103 GWB genannte Vereinbarungen vielfach den §§ 1, 15, 18 GWB unterfallen⁶⁹. Festzuhalten bleibt dennoch, daß eine Freistellungswirkung nach § 103 Abs. 1 GWB nur dann eintreten kann (und im übrigen auch nur dann sinnvoll ist), wenn eine Vereinbarung im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GWB tatsächlich eine mißbilligte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB oder einen kartellrechtlich mißbilligten Austauschvertrag im Sinn der §§ 15 bzw. 18 GWB darstellt.

- b) Für die Bestellung eines ausschließlichen Wege-
rechts zur Verlegung und zum Betrieb von Ener-
gieversorgungsleitungen durch eine Gebietskör-
perschaft zugunsten eines Versorgungsunterneh-
mens bzw. der Verzicht einer Gebietskörperschaft
auf eine Eigenversorgung kommen lediglich die
kartellrechtlichen Bestimmungen der §§ 1 und 18
GWB in Frage. Eine Anwendung des § 15 GWB schei-
tert bereits daran, daß diese Norm lediglich
Verträge über Preisgestaltung oder Geschäftsbe-
dingungen zum Regelungsgegenstand hat. Im Be-
reich der Vorschriften der §§ 1, 18 GWB ist un-
abhängig davon, welche von beiden zur Anwendung
kommt, ein zentrales Problem, ob sowohl Versor-
gungsunternehmen als auch insbesondere die ver-
tragsschließenden Gebietskörperschaften die von
§ 1 GWB wie auch § 18 GWB geforderte Unterneh-
menseigenschaft aufweisen. Von der überwiegen-
den Meinung wird dies bejaht und hauptsächlich
die Frage problematisiert, ob die genannten Ab-
sprachen zu einem gemeinsamen Zweck im Sinn des
§ 1 GWB abgeschlossen sind oder als Ausschließ-

69) So auch Immenga, a.a.O. (FN 68), S. 9.

lichkeitsbindungen der Vorschrift des § 18 GWB unterfallen. Die Meinungen dazu sind geteilt⁷⁰ und zeitigen je nach Betrachtungsweise auch unterschiedliche Rechtsfolgen. Bejaht man die Anwendbarkeit des § 1 GWB, so bedeutet die Freistellung durch § 103 Abs. 1 GWB eine greifbare Begünstigung, weil hiermit die automatische Nichtigkeitssfolge des § 1 GWB nicht zum Tragen kommt. Vertritt man andererseits die Auffassung, § 18 GWB sei mangels eines gemeinsamen Zwecks der Absprache im Sinn des § 1 GWB einschlägig, ändert sich durch die Freistellung des § 103 GWB an der Wirksamkeit der Absprache nichts. Im Gegensatz zu § 1 GWB, der die Unwirksamkeit ihm unterfallender Absprachen zur Folge hat, unterstellt § 18 GWB Ausschließlichkeitsbindungen nur dem Vorbehalt eines kartellbehördlichen Eingreifens, läßt jedoch deren grundsätzliche Wirksamkeit unangetastet. Eine Modifikation durch § 103 GWB ergibt sich jedoch insofern, als in § 103 Abs. 1 GWB beschriebene Absprachen, die die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 18 GWB erfüllen, zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung gemäß § 103 Abs. 3 GWB bedürfen⁷¹. Neben dieser mehr formalen Ergänzung des § 18 GWB bewirkt § 103 GWB, daß sich die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines kartellbehördlichen Einschreitens nicht nach den Maßstäben des § 18

70) Vgl. dazu Klaue, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 25 m.w.N.

71) Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 567.

GWB, sondern nach denjenigen des § 103 Abs. 4 und 5 GWB richten⁷².

3. Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Verträge der öffentlichen Energieversorgung

Die durch § 103 Abs. 5, 6 GWB eröffnete kartellbehördliche Mißbrauchsaufsicht ist eine logische und notwendige Konsequenz der durch den Ausnahmereich des § 103 Abs. 1 GWB gewährleisteten Freistellung für die dort bezeichneten Abreden, durch die die öffentliche Energieversorgung in einer wohl einzigartigen Weise vom Grundsatz des Wettbewerbs in der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland dispensiert wird. Es liegt auf der Hand, daß diese rechtliche Sondersituation, wenn auch durch die Besonderheiten der öffentlichen leitungsgebundenen Energieversorgung bedingt, sich abhängig vom Marktverhalten der Energielieferanten sowohl zum Nutzen der Verbraucher als auch zu deren Schaden auswirken könnte. In Übereinstimmung mit der Zielsetzung der kartellrechtlichen Privilegierung der Versorgungswirtschaft in § 103 Abs. 1 GWB sieht deshalb § 103 Abs. 5, 6 GWB eine Aufsicht durch die Kartellbehörden vor, durch die sichergestellt werden soll, daß die durch die Freistellung auf dem Markt erlangte Stellung der Versorgungsunternehmen nicht zu Lasten einer möglichst preiswerten und sicheren Versorgung mißbraucht wird. Anknüpfungspunkt der Mißbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5, 6 GWB ist

72) Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 567.

also der fehlende Wettbewerb auf dem Energieversorgungsmarkt, sie wirkt hier als Korrektiv unter Berücksichtigung der der Freistellung zugrundeliegenden Erkenntnisse⁷³.

- a) Der kartellbehördlichen Aufsicht unterworfen sind alle von § 103 Abs. 1 GWB erfaßten Abreden. Inhaltlich ist sie dadurch bestimmt, Verhaltensweisen, die sowohl im Abschluß von Verträgen im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB als auch in deren Durchführung liegen können, im Hinblick darauf einer Überprüfung zugänglich zu machen, ob diese einen Mißbrauch der kartellrechtlichen Freistellung durch § 103 Abs. 1 GWB darstellen (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB). Primäres inhaltliches Beurteilungskriterium ist dabei die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung (§ 103 Abs. 5 Satz 1 GWB). Während der Mißbrauchsbegriff in § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB noch nicht näher inhaltlich konkretisiert ist, enthält § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB eine konkrete Bestimmung von vier Mißbrauchstatbeständen⁷⁴. Es handelt sich hier um gesetzliche Fiktionen. Unterfällt ein Verhalten den tatbestandlichen Voraussetzungen einer der Nr. 1 - 4 des § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB, steht damit ein Mißbrauch im Sinn des § 103 Abs. 5 Satz

73) Vgl. dazu die Amtliche Begründung zum Entwurf eines 4. Gesetzes zur Änderung des GWB, a.a.O. (FN 50), S. 17, 33.

74) Eingefügt durch die 4. Kartellrechtsnovelle vom 26.4.1980, a.a.O. (FN 53), S. 458. Zu deren Inhalt s. sogleich unten S. 132.

1 GWB automatisch fest⁷⁵.

§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 GWB bezieht sich auf das Marktverhalten von Versorgungsunternehmen. Läuft dieses Grundsätzen zuwider, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind, so liegt ein mißbräuchliches Verhalten vor⁷⁶. Beurteilungskriterium hierfür ist ein idealtypisches Verhalten im Wettbewerb⁷⁷, zu denken wäre hier z.B. an Verhaltensweisen, die durch die Ausnutzung von Rationalisierungsmöglichkeiten und Innovationen eine möglichst rationelle Produktion erlauben. Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB liegt ein Mißbrauch dann vor, wenn ein Versorgungsunternehmen im Vergleich zu gleichartigen Versorgungsunternehmen spürbar ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert, soweit dies auf ihm zurechenbaren Umständen beruht, also nicht z.B. bei höheren Preisen, die durch eine ungünstigere Struktur des Versorgungsgebiets bestimmt sind. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 GWB betrifft unbillige Behinderungen im Verhältnis von Versorgungsunternehmen zu Betreibern von Eigenanlagen, während § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB die grundsätzliche Möglichkeit

75) Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 103 Abs. 5 S. 1 GWB ist dadurch nicht generell ausgeschlossen, weil § 103 Abs. 5 S. 2 GWB nur eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung enthält, vgl. dazu Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnrn. 651 ff.; Klaue, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 57.

76) Der Regierungsentwurf zu § 103 Abs. 5 S. 1, a.a.O. (FN 50), S. 33 nimmt dies z.B. bei einer Vertragsgestaltung an, durch die in willkürlicher Weise einseitig wirtschaftliche Risiken auf die Abnehmer abgewälzt werden. Kritisch dazu Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft, § 103 GWB, Anm. 35.

77) Klaue, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 58.

von Durchleitungen⁷⁸, d.h. die Einspeisung von Energie in das Versorgungsnetz eines Unternehmens und die nachfolgende, auch zeitlich verschobene Entnahme dieser Energie an einem anderen Ort eröffnen will.

- b) Wird durch die Kartellbehörde ein Mißbrauch im Sinn des § 103 Abs. 5 GWB festgestellt, steht ihr der Maßnahmenkatalog des § 103 Abs. 6 GWB zur Beseitigung des Mißbrauchs zur Verfügung. Bei der Anwendung der einzelnen Maßnahmen ist sie an das allgemeine rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebunden⁷⁹, nach dem die beabsichtigte Maßnahme geeignet und erforderlich sein muß, sowie Mittel und Zweck sich in einem angemessenen Verhältnis zueinander befinden müssen. Die Kartellbehörde darf damit z.B. in der Regel nicht einen Vertrag gemäß § 103 Abs. 6 Nr. 3 GWB für unwirksam erklären, soweit eine Behebung des Mißbrauchs durch eine Beanstandung im Sinn des § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB möglich ist.

4. Die Befristungsregelung des § 103 a GWB

Die durch die 4. Kartellrechtsnovelle aufgenommene Regelung des § 103 a GWB stellt für das GWB ein Novum dar, durch das die in § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB vorgesehene Freistellung von Demarka-

78) Zum technisch-physikalischen Begriff der Durchleitung vgl. näher bei Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 643 ff.

79) Büdenbender, a.a.O. (FN 2), Rdnrn. 668 ff.; Klaue, a.a.O. (FN 2), Rdnr. 80.

tions- und Konzessionsverträgen daran geknüpft wird, daß die vereinbarte Laufzeit des Vertrags 20 Jahre nicht überschreitet^{79a)}.

- a) Das Erfordernis eines Vertrags mit einer beschränkten Laufdauer zur Erreichung der Freistellungswirkung des § 103 Abs. 1 GWB wurde im Hinblick darauf eingeführt, eine Erstarrung des Systems der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer zu verhindern und eine gewisse Flexibilität zu gewährleisten, um auf die Versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse reagieren zu können⁸⁰. Daraus erklärt sich auch, daß die Freistellungswirkung des § 103 GWB gemäß § 103 a GWB nur dann eintreten soll, wenn die Grundlaufdauer des betreffenden Vertrags 20 Jahre nicht überschreitet. Bei der Bemessung der Höchstdauer von 20 Jahren wurde insoweit dem "Bedürfnis der Energiewirtschaft an einer langfristigen, gesicherten Investitionsplanung" und andererseits dem Gedanken einer "möglichst hohen Anpassungsflexibilität der Verhältnisse"⁸¹ Rechnung getragen.
- b) Für den Fall einer Vertragsverlängerung zwischen denselben Vertragsparteien statuiert § 103 a Abs. 1 Satz 2 GWB das Erfordernis einer erneuten Anmeldung. Diese kann für die Kartellbehörde der Anlaß sein, in eine Prüfung des Vertrags einzutreten, die in § 103 a Abs. 2 GWB für bestimmte Fälle vorgesehen ist, bei denen Anhaltspunkte für
-
- 79a) Zu Erfahrungen mit dieser Vorschrift in der Praxis der Kartellbehörden s. den Tätigkeitsbericht 1981/82 des Bundeskartellamtes, BT-Drs. 10/243 Tz. 82; s. dazu auch Büdenbender, ET 1984, S. 529 ff.
- 80) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a.a.O. (FN 51), S. 32.
- 81) Ausschuß für Wirtschaft, a.a.O. (FN 51), S. 32.

eine unbillige Behinderung anderer Unternehmen durch den Vertrag vorliegen, bzw. der Vertrag zu spürbar ungünstigeren Versorgungsbedingungen als bei gleichartigen Versorgungsunternehmen führt. Die näheren Modalitäten des Überprüfungsverfahrens sind in § 103 a Abs. 2 GWB festgelegt; unter den Voraussetzungen des § 103 a Abs. 3 GWB kann die Kartellbehörde einen zur Verlängerung angemeldeten Vertrag für unwirksam erklären.

- c) Eine Besonderheit ergibt sich im Hinblick auf ein Überprüfungsverfahren nach § 103 a Abs. 2 GWB für Konzessionsverträge. Der Anwendungsbereich dieses Verfahrens ist nämlich gegenständlich beschränkt auf Demarkations- und Verbundverträge im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 GWB. Für Konzessionsverträge bedeutet dies, daß sie mit erneuter Anmeldung ohne weiteres wirksam werden. Eine andere Rechtslage ergibt sich allerdings dann, wenn man den Verzicht einer Gebietskörperschaft auf eine Eigenversorgung als eine Abrede im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB begreift. Begründet wurde die Nichteinbeziehung der Konzessionsverträge in das Überprüfungsverfahren nach § 103 a Abs. 2 GWB damit, daß diese Verträge "im Zusammenhang mit dem Wegerecht der Gebietskörperschaften und ihren autonomen Möglichkeiten zur Bestimmung der Energieversorgung in ihrem Gebiet stehen"⁸². Diese Einschränkung des Überprüfungsverfahrens nach § 103 a Abs. 2 GWB bedeutet jedoch noch nicht, daß Konzessionsverträge jeglicher Kontrolle entzogen werden; unberührt von den Regelungen des § 103 a GWB bleiben die allgemeinen Befugnisse der Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5, 6 GWB.

82) Ausschuß für Wirtschaft, a.a.O. (FN 51), S. 32.

B. Die konzessionsvertragliche Stellung der kommunalen Gebietskörperschaften aus der Sicht des Wettbewerbsrechts

I. Fragestellung und Grundlagen

Durch § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB werden die in Konzessionsverträgen enthaltenen Absprachen des Verzichts einer Gebietskörperschaft auf eine eigene Versorgung mit Energie und die durch eine Gebietskörperschaft zugunsten eines Versorgungsunternehmens erklärte ausschließliche Gestattung der Verlegung und des Betriebs von Energieversorgungsleitungen in öffentlichen Straßen für eine öffentliche Energieversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet einer Gebietskörperschaft von der Anwendung der §§ 1, 18 GWB freigestellt¹. Diese beiden Vereinbarungen stellen nicht nur die wesentlichste Regelung innerhalb eines Konzessionsvertrags - eine *conditio sine qua non* für die Durchführung einer öffentlichen Energieversorgung - dar, in ihnen liegt auch die eigentliche kartellrechtliche Problematik der Konzessionsverträge begründet.

1. Der Regelungsgehalt des § 103 Abs. 1 GWB in bezug auf die kartellrechtliche Qualifizierung der Konzessionsverträge

Teilweise wird angesichts der Formulierungen in § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB die Meinung² ver-

-
- 1) Zur Nichtanwendbarkeit des § 15 GWB im Bereich des § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB vgl. oben S. 128.
 - 2) In diesem Sinn: Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Band II, S. 80 ff. - S. 99 = BB 1958, S. 135 ff. - S. 140; Malzer, Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, S. 60; ders., in: VIK (Hrsg.). Beiträge zum Energierecht, S. 269 ff. - S. 270 f.; ders., WuW 1963, S. 203 ff. - S. 207 f.

treten, die dort bezeichneten Vereinbarungen unterfielen tatbestandsmäßig stets den Vorschriften des GWB, von denen sie durch § 103 Abs. 1 GWB freigestellt sind. Dies wäre jedoch eine unzulässige Vereinfachung der kartellrechtlichen Problematik. Bereits anhand der Gesetzesmaterialien läßt sich feststellen, daß bei den Beratungen des GWB keine Einigkeit, insbesondere in bezug auf die rechtliche Qualifikation der Gebietskörperschaften hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs des GWB darüber bestand, ob diese in jedem Fall als Kartelle bzw. Ausschließlichkeitsbindungen zu qualifizieren seien³. Darüber hinaus wäre es in gesetzessystematischer Hinsicht nicht zutreffend, aus der bloßen Tatsache, daß die genannten Absprachen in den Bereich der öffentlichen Energieversorgung fallen, der durch die Ausnahmenvorschrift des § 103 GWB geregelt wird, weitgehende Schlußfolgerungen in bezug auf deren allgemeine kartellrechtliche Relevanz zu ziehen. Die kartellrechtliche Betrachtung hat bei einer Interpretation des Regelungsgehalts des § 103 GWB als solchem anzusetzen. Dies impliziert jedoch, daß aus der Sondervorschrift des § 103 GWB keine automatischen Schlußfolgerungen in bezug auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der allgemeinen Normen der §§ 1, 18 GWB gezogen werden dürfen⁴.

Die Richtigkeit dieses Gedankens läßt sich auch anhand der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht

3) Niederleithinger, Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 146.

4) Treffend hierzu Büdenbender, in: Tegethoff-Büdenbender-Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Band I, II, § 103 GWB Rdnr. 64: "Eine Vereinbarung wird nicht dadurch grundsätzlich kartellrechtswidrig, daß sie für einen bestimmten Sachbereich ausdrücklich erlaubt wird."

nach § 103 Abs. 5 GWB darstellen. Diese erhält ihre Legitimation daraus, daß sie Vereinbarungen, die durch § 103 Abs. 1 GWB kartellrechtlich privilegiert sind, wegen dieses weitgehenden Wettbewerbsausschlusses als Korrektiv dazu einer kartellbehördlichen Aufsicht unterwirft. Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht knüpft also direkt an die kartellrechtliche Sonderbehandlung der in § 103 Abs. 1 GWB bezeichneten Absprachen an. Der Anwendungsbereich der Mißbrauchsaufsicht ist deshalb kongruent der rechtlichen Sonderregelung des § 103 Abs. 1 GWB. Damit unvereinbar wäre aber, Vereinbarungen, die nach den allgemeinen Normen des GWB kartellrechtlich unbedenklich sind, im Weg über eine Fiktion im Hinblick auf § 103 Abs. 1 GWB durch eine Mißbrauchsaufsicht gegenüber Verträgen in anderen Sachbereichen zu benachteiligen⁵.

Es kann damit festgehalten werden, daß die Freistellung in § 103 GWB aus sich heraus keine weitergehenden kartellrechtlichen Wertungen zuläßt. Die Freistellungswirkung des § 103 Abs. 1 GWB gilt nur für Verträge, die ihrem Regelungsgehalt nach einer der Vorschriften der §§ 1, 15 oder 18 GWB unterfallen. Aus dieser Rechtslage lassen sich klare Schlußfolgerungen ableiten: Vereinbarungen, die mangels tatbestandsmäßiger Voraussetzungen in bezug auf eine Anwendung der §§ 1, 15 oder 18 GWB irrelevant sind, unterfallen dem GWB und damit auch § 103 GWB überhaupt nicht. Sie bedürfen auch keiner Anmeldung nach § 103 Abs. 3 GWB i.V.m. § 9 GWB und unterstehen nicht der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht nach § 103 Abs. 5, 6 GWB. Erfüllen Vereinbarungen auf dem Gebiet der öffentlichen Energiever-

5) Budenbender, a.a.O. (FN 4), Rdnr. 68.

sorgung zwar den Tatbestand der §§ 1, 15 oder 18 GWB, sind jedoch nach dem Regelungsgehalt des § 103 Abs. 1 GWB nicht freistellungsfähig, hat es bei den Rechtsfolgen der jeweils einschlägigen Vorschriften sein Bewenden, ohne daß eine wie auch immer geartete Anwendung des § 103 Abs. 1 GWB in Frage käme. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die kartellrechtliche Lage beim Verzicht einer Gebietskörperschaft auf eine Eigenversorgung und bei der Einräumung eines ausschließlichen Benutzungsrechts zugunsten eines Versorgungsunternehmens durch die Regelungen des § 103 Abs. 1 GWB nicht präjudiziert wird. Die kartellrechtliche Relevanz dieser konzessionsvertraglichen Festlegungen beurteilt sich ausschließlich danach, ob sie die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1, 15 oder 18 GWB erfüllen. Erst wenn dies positiv festgestellt werden kann, ist der Anwendungsbe-
reich des § 103 GWB eröffnet⁶⁾.

2. Konzessionsverträge im Licht der §§ 1, 18 GWB

Das Verbot des § 1 GWB bezieht sich seinem Anwendungsbereich nach auf von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossene Verträge, die geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Der Eingriffstatbestand des § 18 GWB bezieht sich demgegenüber, soweit er hier einschlägig ist, in Abs. 1 Nr. 2 auf Verträge zwischen Unternehmen, die einen

6) So auch Baur, Die Gebietsschutzverträge der Energieversorgungswirtschaft, S. 20.

Vertragsbeteiligten in der Abgabe von Waren oder gewerblichen Leistungen an Dritte beschränken. Ein wesentlicher Unterschied in den Regelungen der §§ 1, 18 GWB besteht darin, daß § 1 GWB nur Verträge erfaßt, die zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen werden, während § 18 GWB Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen betrifft⁷. In der Zuordnung der Konzessionsverträge zu einerseits § 1 GWB oder andererseits § 18 GWB wird heute überwiegend die Problematik der Konzessionsverträge in der Literatur gesehen. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage ist noch nicht ergangen. Das Kernproblem dieser Kontroverse liegt darin, ob Konzessionsverträge zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen werden, oder ob es sich bei diesen um Austauschverträge handelt. Beide Meinungen werden mit unterschiedlicher Begründung vertreten⁸. Die Argumentation derjenigen, die Konzessionsverträgen den Charakter eines Kartells im Sinn des § 1 GWB beimessen wollen, beruht im wesentlichen darauf, daß eine optimale Gebietsversorgung im beiderseitigen Interesse sowohl von Gebietskörperschaft als auch des versorgenden Unternehmens liege. Dies sei aus-

7) S. dazu statt aller: Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 18 Rdnr. 34 f. und Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 1 Rdnr. 149 ff. jeweils m.w.N.

8) Vgl. dazu Baur, a.a.O. (FN 6), der sich auf S. 21 ff. mit diesem Problem umfassend auseinandersetzt, vgl. insbes. die Darstellung des Meinungsstandes auf S. 21 f. m.w.N.

reichend, einen gemeinsamen Zweck im Sinn des § 1 GWB annehmen zu können, weil dieser schon dann gegeben sei, "wenn die Beteiligten mit den vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen gleichgerichtete Interessen verfolgen"⁹. Dem wird entgegengehalten, es könne nicht von gleichgerichteten Interessen der an einem Konzessionsvertrag beteiligten Partner gesprochen werden, weil die optimale Gebietsversorgung nur im Interesse der Gebietskörperschaft, nicht aber im Interesse der Versorgungsunternehmen liege. Deren Interesse sei vielmehr durch die Übernahme der Versorgungstätigkeit unter Ausschluß jeglicher Konkurrenz bestimmt.

Die wissenschaftliche Diskussion über die Einordnung der Konzessionsverträge unter § 1 GWB einerseits oder § 18 GWB andererseits im Hinblick auf das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks hat zwar erhebliche praktische Auswirkungen, z.B. wenn die vereinbarte Laufzeit eines Vertrags mehr als 20 Jahre beträgt und damit eine Freistellung wegen § 103 a Abs. 1 GWB nicht möglich ist. Die den Konzessionsverträgen innewohnende Problematik ist damit aber noch nicht erschöpft. § 1 GWB wie auch § 18 GWB haben nämlich nicht Verträge beliebiger Rechtssubjekte zum Gegenstand. Beiden gemeinsam ist das Tatbestandsmerkmal des Vertragsschlusses von Unter-

9) So die Fertigbeton-Entscheidung des BGH, WuW/E BGH S. 1458 ff. - S. 1461, in der sich der BGH erstmalig vom Erfordernis eines Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Verhältnisses im Sinn des § 705 BGB löste.

nehmen. Vertragliche Absprachen von Nicht-Unternehmen unterfallen von vorneherein nicht dem Anwendungsbereich des GWB. Bevor Aussagen über die rechtliche Qualifizierung von Konzessionsverträgen als Kartelle bzw. Austauschverträge im Sinn des § 18 GWB gemacht werden können, ist es deshalb geboten, zunächst zu untersuchen, ob Versorgungsunternehmen wie auch Gebietskörperschaften beim Abschluß von Konzessionsverträgen die von § 1 GWB und § 18 GWB übereinstimmend geforderte Unternehmenseigenschaft aufweisen.

II. Der Abschluß von Konzessionsverträgen als unternehmerische Tätigkeit im Sinn des GWB

1. Der Begriff des Unternehmens im Sinn des GWB in Literatur und Rechtsprechung

Nahezu alle Vorschriften des GWB wenden sich ausdrücklich nur an Unternehmen. Die Unternehmenseigenschaft eines Rechtssubjekts ist daher für die Anwendbarkeit des GWB von zentraler Bedeutung.

- a) Das GWB unterscheidet sich in der Betonung des Unternehmensbegriffes vom früheren Kartellrecht, namentlich der sogenannten Kartellverordnung (KartVO)¹⁰; der sogenannten Kartellnot-

10) Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBl. I, S. 1067 ff., berichtigt RGBl. I, S. 1090.

verordnung¹¹ und den Alliierten Dekartellierungsbestimmungen¹² für die Zeit nach 1945.

Zentraler Begriff der KartVO war nicht der des Unternehmens, sondern der des Kartells. So sah § 1 KartVO für "Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen)" die Schriftform vor. Aus diesem Klammerzusatz läßt sich folgern, daß der Anwendungsbereich der KartVO auf solche Vereinigungen beschränkt war, die unter den Begriff des Kartells, der vor Erlaß der KartVO als maßgeblich betrachtet wurde, beschränkt war und die den Beteiligten Verpflichtungen des in § 1 KartVO bezeichneten Inhalts auferlegten¹³. Zweck des Schriftformerfordernisses in § 1 KartVO war, eine wirksame Beaufsichtigung der Kartelle zu

11) Es handelt sich hierbei um den mit "Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen" überschriebenen 5. Abschnitt der aufgrund des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung am 26.7.1930 erlassenen "Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände", RGBl. I, S. 328 ff.

12) Gesetz Nr. 56 der Amerikanischen Militärregierung v. 28.1.1947, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland - Amerikanisches Kontrollgebiet - Ausgabe C S. 2; Verordnung Nr. 78 der Britischen Militärregierung, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland - Britisches Kontrollgebiet - S. 412; Verordnung Nr. 96 des Französischen Oberkommandos in Deutschland v. 9.6.1947; Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland S. 784.

13) Eger, Das Recht der deutschen Kartelle, S. 61.

ermöglichen¹⁴. Dementsprechend gab § 4 KartVO dem Reichswirtschaftsminister spezielle Befugnisse für die Fälle, in denen ein Vertrag oder Beschluß der in § 1 KartVO bezeichneten Art oder eine bestimmte Art seiner Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdete. So konnte er z.B. beim Kartellgericht u.a. einen Antrag auf Nichtigerklärung bzw. Untersagung der Durchführung des betreffenden Vertrags oder Beschlusses stellen oder anordnen, daß jeder am Vertrag oder am Beschluß Beteiligte den Vertrag fristlos kündigen oder vom Beschluß zurücktreten konnte.

Trotz dieser vornehmlichen Bezogenheit auf den Begriff des Kartells und angesichts dessen, daß § 1 KartVO den Begriff "Unternehmen" nicht erwähnte, hatte auch der Unternehmensbegriff für die Anwendung der KartVO eine Bedeutung. Es bestand nämlich weitgehend Einigkeit darüber, daß bei § 1 KartVO sinngemäß zu ergänzen sei, daß die Verträge bzw. Beschlüsse von einer Vereinigung von Unternehmen geschlossen sein müßten¹⁵, da die KartVO "nicht schlechthin alle Ge-

14) Isay, in: Isay/Tschiersky, Kartellverordnung, § 1 Anm. 21.

15) Blum, Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts, S. 18; v. Brunn, Grundzüge des Kartellrechts, S. 19; Eger, a.a.O. (FN 13), S. 63; Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Aufl., § 1 VIII 1 a (S. 38); Haußmann/Hollaender, Die Kartellverordnung, § 1 Anm. 2; Isay, a.a.O. (FN 14), § 1 Anm. 2; Müllensiefen-Dörinkel, Kartellrecht, Kap. V, S. 6; Schmidt, Leitsätze der Rechtsprechung des Kartellgerichts, S. 7; Wolff, Die Kartellnotverordnung mit Ausführungsverordnung, S. 16; a.A. Callmann, Das deutsche Kartellrecht, S. 85, der nicht nur Unternehmen als kartellfähig ansieht, sondern grundsätzlich alle Wettbewerber in allen Berufs- und Gewerbebezügen.

meinschaftsverträge erfassen will, die Bindungen hinsichtlich der Erzeugung oder des Absatzes enthalten¹⁶. Die Unternehmenseigenschaft wurde nicht einheitlich, aber im wesentlichen im volkswirtschaftlichen Sinn interpretiert. Ein Unternehmen waren danach der Inhaber eines Erwerbsbetriebs oder Personen, die mit der Absicht der Gewinnerzielung geschäftsmäßig Waren anboten. Mit der Einführung des Unternehmensbegriffs in den persönlichen Anwendungsbereich der KartVO wurde vor allem bezweckt¹⁷, daß Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sowie Vereinigungen nichtgewerblicher Berufe nicht der KartVO unterfallen sollten. Eine genauere inhaltliche Präzisierung des Unternehmensbegriffs wurde nicht vorgenommen. Angesichts dessen, daß nur Rechtssubjekte, die Preise etc. festsetzen konnten, den Markt im Sinn des § 1 KartVO beeinflussen konnten, war dies auch nicht vonnöten¹⁸. Letzten Endes spielte damit der Begriff der Marktbeeinflussung

16) V. Brunn, a.a.O. (FN 15), S. 18; fragwürdig insoweit die Argumentation von Blum, a.a.O. (FN 15), S. 18, der die Unternehmereigenschaft der Vertragsbeteiligten im Sinn des § 1 KartVO für eine logische Voraussetzung des weiteren Wortlauts des § 1 KartVO hält, weil ein Verband von Nichtunternehmen keine in § 1 KartVO erwähnte Verpflichtungen aufstelle.

17) Vgl. dazu Passow, Kartelle, S. 14; Wolff, a.a.O. (FN 15), S. 16.

18) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 76 f.

eine weitaus größere Rolle als der des Unternehmens, so daß dieser Begriff in seinen Konturen unscharf blieb¹⁹.

Unabhängig vom zentralen Begriff des Kartells verwendete jedoch auch schon die KartVO in § 10 den Begriff des Unternehmens. In § 10 KartVO wurden dem Kartellgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers Befugnisse in bezug auf die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdende Geschäftsbedingungen oder Akte der Preisfestsetzung auch von Einzelunternehmungen gegeben. Überwiegend wurde hier wie auch bei § 1 KartVO unter einem Unternehmen ein der Erwerbstätigkeit dienender Organismus von Arbeitskräften und Sachgütern verstanden²⁰.

Was die Frage der Übertragbarkeit des rechtlichen Gehalts des gegenständlich bestimmten Unternehmensbegriffs der KartVO in denjenigen des GWB angeht, ist zu bemerken, daß jener Begriff vom Gesetzgeber nicht in die zentrale Norm des § 1 KartVO aufgenommen worden war und daß § 10 KartVO im Gefüge der KartVO hinsichtlich seines personellen Anwendungsbereichs lediglich als Ausnahme gegenüber dem sonstigen Anknüpfungspunkt "Kartell" bezeichnet werden kann²¹. Schwerer noch als diese Bedenken gegen eine Gleichsetzung des Unternehmensbegriffs der KartVO und desjenigen

19) Lukes, a.a.O. (FN 18), S. 76 f.

20) Isay, a.a.O. (FN 14), § 10 Anm. 7; ähnlich Callmann, a.a.O. (FN 15), S. 456.

21) Callmann, a.a.O. (FN 15), S. 451.

des GWB wiegt, daß sich KartVO und GWB bereits in ihrer Zielsetzung grundlegend unterscheiden. Während das GWB die Vertragsbeteiligten bzw. die Marktgegenseite durch den Wettbewerb schlechthin schützen will, sollte die KartVO maßgeblich dazu beitragen, zum "Zwecke der Produktionssteigerung" und zur "Befreiung der Wirtschaft von ungesunden Hemmungen" die damals bestehende Wirtschaftskrise zu beseitigen²². Angesichts dessen, daß "der Preis einzelner deutscher Produkte über den Weltmarktstand hinaus getrieben"²³ war, hatte die KartVO zum Ziel, die Exportfähigkeit der deutschen Wirtschaft zu steigern. Ein Schutz der Verbraucher durch Reglementierung der einzelnen Wirtschaftssubjekte war nicht bezweckt²⁴. Dem entspricht auch, daß die KartVO nicht die völlige Auflösung der Kartelle bezweckte, sondern deren Aktivitäten nur in die Gesamtwirtschaft nicht schädigende Bahnen reglementiert werden sollten. Kartelle wurden sogar - soweit sie verantwortungsbewußt arbeiteten - als volkswirtschaftlich bedeutsam bezeichnet²⁵.

22) Amtliche Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe der KartVO, abgedruckt bei Lehnich/Fischer, Das deutsche Kartellgesetz, S. 12 ff.

23) Amtliche Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe der KartVO, a.a.O. (FN 22).

24) Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, S. 41.

25) Amtliche Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe der KartVO, a.a.O. (FN 22). S. dazu auch Grimmer, Die kartellrechtliche Aufsicht nach §§ 103, 104 GWB bei mißbräuchlich überhöhten Strompreisen in der Elektrizitätswirtschaft, S. 35 f.

Zusammenfassend läßt sich damit sagen, daß die KartVO zwar die mit Kartellen zusammenhängenden Probleme lösen wollte, aber "ihrer ganzen Tendenz nach ein Gelegenheitsgesetz, ein Kind der Not"²⁶ war. Es ist damit ausgeschlossen, die KartVO als Ausgangspunkt des GWB zu sehen. Der Unternehmensbegriff der KartVO, der dort, wie dargestellt, eine untergeordnete Rolle spielte, kann deshalb im GWB, für das der Unternehmensbegriff einer der zentralen Anknüpfungspunkte überhaupt ist, auch aus diesem Grund keine Anwendung finden²⁷.

Die am 26.7.1930 durch den Reichspräsidenten erlassene Kartellnotverordnung²⁸ kann ebenfalls nicht zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs des GWB herangezogen werden. Die Kartellnotverordnung stellt nämlich keine eigenständige Definition der betroffenen Rechtsverhältnisse auf, sie nimmt lediglich Bezug auf die KartVO (§ 1 Abs. 1 a Kartellnotverordnung), deren in § 1 beschriebener Vertragsbegriff inhaltlich erweitert wird.

Auch die Alliierten Dekartellierungsbestimmungen²⁹ brachten keine Präzisierung des dort allerdings mehrfach verwendeten Unternehmensbegriffs. Dies

26) Fischer, ZfgS 110, S. 425 ff. - S. 453.

27) Fischer, a.a.O. (FN 26), S. 453.

28) FN 11.

29) FN 12.

liegt in erster Linie an deren unscharfer inhaltlicher Fassung³⁰, aber auch daran, daß der Regelungsgehalt dieser Bestimmungen sich nicht nur auf die Wettbewerbsordnung als solche bezog, sondern entsprechend Teil III Art. 12 des Potsdamer Abkommens vom 12.8.1945 ganz generell hauptsächlich die Auflösung und Entflechtung der bestehenden Kartelle und Konzerne zum Inhalt hatte³¹. Im Bereich der Energiewirtschaft allerdings erlangten die Alliierten Dekartellierungsbestimmungen aufgrund eines Stillhalteabkommens zwischen Behörden der Besatzungsmächte und deutschen Stellen keine Bedeutung³².

Die Nichtübertragbarkeit des in früheren Kartellrechtsbestimmungen verwendeten Unternehmensbegriffs ergibt sich letztlich auch aus der Amtlichen Begründung des Entwurfs des GWB³³. Es wird dort betont, daß der Zweck des Gesetzes bei der Bestimmung des Begriffs des Unternehmens zu berücksichtigen sein werde. Hätte der Gesetzgeber den Rückgriff auf den Begriffsinhalt, der dem früheren Kartellrecht zugrundelag, gewollt, so wäre jedenfalls zu vermuten gewesen, daß er dies

30) Schmude, Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 4 f.

31) Vgl. dazu Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 21 m.w.N.; v. Fricken, Gebietsschutz und Energiewirtschaftspolitik in der öffentlichen Versorgung der Bundesrepublik Deutschland, S. 64 f.

32) Vgl. dazu Brügelmann/Ludwig, Kommunale Versorgungswirtschaft, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsgg. von Peters, 3. Band, S. 665 ff. - S. 688 sowie v. Fricken, a.a.O. (FN 31), S. 65.

33) BT-Drs. II, 1158.

in der Entwurfsbegründung auch erwähnt hätte.
Dies ist jedoch nicht der Fall.

- b) Nachdem der Begriff des Unternehmens nicht aus dem früheren Kartellrecht in das GWB transponiert werden kann und das GWB selbst auch keine Definition des Unternehmens enthält, läge es nahe, den Begriffsinhalt des Unternehmens im Sinn des GWB anhand von in anderen Rechtsbereichen verwendeten Unternehmensbegriffen zu erschließen. Auch ein solcher Versuch schlägt jedoch letztlich fehl. Dies liegt darin begründet, daß selbst der Unternehmensbegriff der Wirtschaftswissenschaften, die zum Kartellrecht insoweit eine enge Verbindung aufweisen, als auch sie sich mit wirtschaftlichen Zusammenhängen befassen, in gänzlich anderen Funktionszusammenhängen verwendet wird. Während der Unternehmensbegriff der Wirtschaftswissenschaften dazu dient, wirtschaftliche Abläufe zu beschreiben, ist die Funktion der Verwendung des Begriffs "Unternehmen" im GWB demgegenüber davon geprägt, eine Einengung des persönlichen Anwendungsbereichs des GWB auf bestimmte Rechtssubjekte und deren Handlungen herbeizuführen und dadurch Rechtsfolgen auszulösen³⁴. Es kann generell festgestellt werden, daß der Begriff des Unternehmens für jeden Rechtsbereich eine eige-

34) Vgl. dazu Ganderberger, Was ist ein Unternehmen, S. 25; Langer, Der Begriff Unternehmen im GWB, S. 11 ff.; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 12 f.

ne, spezifische Funktion aufweist, so daß es eine für die ganze Rechtsordnung verbindliche, einheitliche Definition des Unternehmens nicht gibt³⁵. Dies führt dazu, daß für jede Rechtsmaterie eine gesonderte, eigenständige Bestimmung des Inhalts und der Grenzen des Unternehmensbegriffs vorzunehmen ist. Bezogen auf das GWB bedeutet dies angesichts der zentralen Rolle, die das "Unternehmen" für dessen Anwendbarkeit innehat, daß dessen Begriffsinhalt anhand der dem GWB zugrundeliegenden Ziel- und Ordnungsvorstellungen, der ratio legis zu bestimmen ist³⁶.

Zu Sinn und Zweck des GWB enthält bereits die Begründung zum Regierungsentwurf des GWB³⁷ grundlegende Ausführungen, die nach wie vor unverän-

35) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, § 1 Rdnr. 5; Gandenberger, a.a.O. (FN 34), S. 5; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 1 Rdnr. 32; Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 18 m.w.N.; Schwarz, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, S. 51 m.w.N.

36) In diesem Sinn bereits die Regierungsbegründung zum Entwurf des GWB, a.a.O. (FN 33), S. 31; vgl. dazu auch Biedenkopf/Kellmann, Die wege- und kartellrechtliche Problematik der Verlegung von Energieversorgungsleitungen für den Eigenbedarf, S. 18; Ebel, Kartellrecht. GWB und EWG-Vertrag, § 1 Rdnr. 15; Gandenberger, a.a.O. (FN 34), S. 15; Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 32; Schmidt, BB 1963, S. 1404 ff. - S. 1404; Schmidt/Huth, BB 1964, S. 1106 ff. - S. 1109; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 6; BGH WuW/E BGH S. 359 ff. - S. 360; BGH WuW/E BGH S. 442 ff. - S. 449.

37) A.a.O. (FN 33), S. 21.

dert.gültig sind. Es wird insbesondere herausgestellt, daß der Regelungsgehalt des GWB darin bestehe, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen sowie wirtschaftliche Macht im Sinn der Durchsetzung einer Wettbewerbsstruktur zur Steigerung der Leistung und bestmöglicher Versorgung der Verbraucher zu beeinflussen. An diesen Darlegungen orientiert sich ganz übereinstimmend die Literatur und auch die Rechtsprechung³⁸. Kernpunkt all dieser Ausführungen ist die Sicht des GWB als eines ordnungspolitischen Gesetzes, das zur Förderung des wirtschaftlichen Leistungswettbewerbs eine Konzentration von wirtschaftlicher Macht verhüten und Wettbewerbsbeschränkungen verhindern will. Für den Begriff des "Unternehmens" ist diese Betrachtung insoweit von Belang, als das GWB seiner Funktion nach keine Rechtsfolgen an Unternehmen als solche knüpft, sondern an bestimmte wettbewerbsbeschränkende und dadurch vom GWB mißbilligte Handlungen von Unternehmen. Dem entspricht, daß der Begriff "Unternehmen" nicht von seiner gegenständlichen Erscheinungsform, z.B. Größe und Organisation eines Betriebes, her definiert wird³⁹. Die ganz h.M. sieht den Unternehmensbegriff des GWB nicht als einen

38) Biedenkopf/Kellmann, a.a.O. (FN 36), S. 18; Bundeskartellamt, 1. Tätigkeitsbericht, BT-Drs. III/1000, S. 8; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 254; Gandenberger, a.a.O. (FN 34), S. 21; Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 26 f.; Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108.

39) Der früher vertretene institutionelle Unternehmensbegriff ist heute bedeutungslos, vgl. dazu Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 32.

gegenständlichen, sondern als einen sehr weit gefaßten funktionalen⁴⁰. Das "Unternehmen" wird damit allein nach der Art seiner Betätigung auf dem Markt bestimmt. Entscheidende Frage ist danach stets, ob ein bestimmtes Rechtssubjekt als Unternehmen handelt⁴¹, nicht wie es organisatorisch beschaffen ist. Um die Eigenschaft eines Unternehmens zu besitzen, ist demnach eine aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben, am Markt ausreichend⁴². Davon geht auch die Begründung zum Regierungsentwurf des GWB aus, nach der eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr für die Erfüllung der Begriffsmerkmale des Unternehmens genügt⁴³.

Nicht von Bedeutung hierfür sind grundsätzlich die Rechtsform und Organisation des betreffenden Rechtssubjekts, die Dauer seiner bisherigen Tätigkeit am Markt, sowie die Absicht, Gewinn zu erzielen⁴⁴.

-
- 40) Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 19; Emmerich, a.a.O. (FN 38), S. 255; Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 32; Ganderberger, a.a.O. (FN 34), S. 21; Langer, a.a.O. (FN 34), S. 18 ff.; Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 26; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 70.
- 41) Vgl. dazu insbes. Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 26; Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 38; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 46.
- 42) Vgl. dazu die in FN 40 Genannten.
- 43) A.a.O. (FN 33), S. 31.
- 44) Vgl. dazu bereits die Regierungsbegründung zum Entwurf des GWB, a.a.O. (FN 33), S. 31; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 68 f. sowie Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnrn. 39 ff. m.w.N.

Überprüft man den so gefundenen Begriffsinhalt des Unternehmens anhand der ordnungspolitischen Intentionen des GWB, so ergeben sich allerdings gewisse Einschränkungen. So ist es als den Zielvorstellungen des GWB zuwiderlaufend anerkannt, daß das private Nachfrageverhalten nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des GWB unterfällt. Begründet wird dies mit dem Anliegen des GWB, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, um die bestmögliche Versorgung der Verbraucher zu gewährleisten. Daraus ergibt sich als Konsequenz, daß die Nachfragefähigkeit von Privathaushalten nicht als unternehmerische Tätigkeit bewertet werden kann⁴⁵.

Eine weitere Einschränkung bedingt das Erfordernis, eine bestimmte, wettbewerbsbeschränkende Handlung auch einem bestimmten Rechtssubjekt, dem Unternehmen, zurechnen zu können⁴⁶.

Eine solche Zurechenbarkeit setzt voraus, daß der betreffende Marktteilnehmer aufgrund eigener Zuständigkeit, d.h. selbständig gehandelt hat⁴⁷. Arbeitnehmer unterfallen damit innerhalb ihrer Dienstverhältnisse nicht dem Anwendungsbereich des GWB. Auch die kartellrechtlich erheblichen Handlungen eines gemeindlichen Re-

45) Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnrn. 40 f. m.w.N.; OLG München WuW/E OLG S. 2504 ff. - S. 2506; zu den Folgerungen, die sich daraus für den Unternehmensbegriff des GWB ergeben können Schwarz, a.a.O. (FN 35), S. 48 ff.

46) Langer, a.a.O. (FN 34), S. 35.

47) Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnrn. 44 ff.; Müller-Henneberg, in: Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 3. Aufl., § 1 Rdnr. 12.

giebetriebs können nicht diesem selbst, sondern nur der jeweiligen Gemeinde zugerechnet werden¹⁸.

Im Ergebnis wird somit nach der h.M. "jede selbständige, nicht lediglich dem privaten Verbrauch dienende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr"⁴⁹ vom Unternehmensbegriff des GWB erfaßt. Mit dem Begriff des potentiellen Unternehmens⁵⁰ werden dabei wettbewerbsbeschränkende Handlungen von Rechtssubjekten bezeichnet, die noch nicht oder nicht mehr am Markt teilnehmen. Auch diese sind Unternehmen, wenn bei ihnen die konkrete Möglichkeit einer künftigen Marktteilnahme besteht. Folge des so verstandenen Unternehmensbegriffs ist, daß nicht jedes marktrelevante Handeln eines Rechtsträgers notwendig dem persönlichen Anwendungsbereich des GWB unterfällt. Es ist durchaus möglich, daß ein Rechtssubjekt in vielerlei Tätigkeiten unternehmerisch handelt, bei bestimmten jedoch nicht. Eine überwiegend unternehmerische Betätigung läßt damit noch keinen Rückschluß auf die kartellrechtliche Relevanz der Gesamtheit der Handlungen eines Rechtssubjekts zu.

48) Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 46.

49) So stellvertretend für viele andere die Definition von Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnr. 44.

50) Vgl. dazu Immenga, a.a.O. (FN 35), § 1 Rdnrn. 50 ff.; richtungsweisend insoweit BGH, WuW/E BGH S. 359 ff. - S. 360.

2. Die kartellrechtliche Einordnung der Konzessionsverträge in der Literatur

Der Abschluß von Konzessionsverträgen durch Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen wird von der heute ganz überwiegenden Meinung⁵¹ als unternehmerische Betätigung im Sinn des GWB betrachtet. Die Qualifikation der Versorgungsunternehmen als Unternehmen kann aufgrund deren Teilnahme am Wirtschaftsleben als unbestritten angesehen werden⁵². Die Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften wird zwar ebenfalls mehrheitlich im Ergebnis bejaht. Es gilt hier jedoch zwischen verschiedenen Begründungsansätzen, die zum Teil miteinander kombiniert werden, zu unterscheiden.

- a) Fischerhof⁵³, Malzer⁵⁴ und Emmerich⁵⁵ schließen unmittelbar aus der Freistellung des § 103 Abs. 1 GWB auf die Unternehmenseigenschaft von Versorgungsunternehmen und Gebietskörperschaften beim Abschluß der dort bezeichneten Verein-

51) S. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter a und b; zur Gegenmeinung s. unter c.

52) Vgl. dazu Büdenbender, a.a.O. (FN 4), § 103 Rdnr. 79; Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 103 Rdnr. 9, jeweils m.w.N.

53) Rechtsfragen der Energiewirtschaft Band II, S. 80 ff. - S. 99 = BB 1958, S. 135 ff. - S. 140.

54) In: VIK (Hrsg.), Beiträge zum Energierecht, S. 270 f.; WuW 1963, S. 203 ff. - S. 207 f.; Das Wege-, Preis- und Kartellrecht in der Energieversorgung, S. 60.

55) A.a.O. (FN 38), S. 269; BB 1973, S. 1269 ff. - S. 1273.

barungen. Ihre Argumentation basiert auf dem Gedanken, daß die Freistellung der Abreden im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB von den Vorschriften der §§ 1, 15 und 18 GWB entbehrlich wäre, wenn sie nicht dem Anwendungsbereich dieser Normen unterfielen. Nachdem aber die Vorschriften der §§ 1, 15 und 18 GWB übereinstimmend die Unternehmenseigenschaft der vertragsschließenden Parteien zur tatbestandlichen Voraussetzung haben, sei es sinnlos, in § 103 Abs. 1 GWB eine Freistellung auszusprechen, gleichzeitig dann aber nicht die Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen annehmen zu wollen, weil dann die Regelung des § 103 Abs. 1 GWB völlig überflüssig wäre und leer liefe. Diese Meinungen kommen damit zu dem Ergebnis, daß bereits die Nennung der Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen in § 103 Abs. 1 GWB deren jeweilige Unternehmenseigenschaft bedingt und begründet.

Gegen diese Ansicht haben sich vor allem Niederleithinger⁵⁶ und Büdenbender⁵⁷ gewendet. Diese machen Bedenken in gesetzessystematischer Hinsicht dahingehend geltend, daß es nicht möglich sei, aus der Ausnahmenvorschrift des § 103 Abs. 1 GWB auf den Anwendungsbereich der Grundnormen der §§ 1, 15 und 18 GWB zu schließen. Büdenbender führt insoweit zutreffend aus⁵⁸, daß eine

56) A.a.O. (FN 3), S. 145 ff.

57) A.a.O. (FN 4), § 103 Rdnrn. 62 ff., 76.

58) A.a.O. (FN 4), § 103 Rdnr. 76.

Betätigung nicht dadurch unternehmerisch werde, "daß sie für den Fall, daß sie es wäre, eine kartellrechtliche Sonderregelung in § 103 GWB erführe". Auch Niederleithinger ist dieser Ansicht und fügt ergänzend dazu an⁵⁹, daß die Gegenansicht von Fischerhof, Malzer und Emmerich⁶⁰ überzeugender erschiene, wenn wenigstens der Gesetzgeber Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen im Bereich des § 103 Abs. 1 GWB als Unternehmen betrachtet habe. Ausweislich der Gesetzesmaterialien stehe aber fest, daß sich der Gesetzgeber mit der Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften beim Abschluß von Konzessionsverträgen nicht beschäftigt und zudem ein Vertreter der Bundesregierung vor dem Ausschuß für Wirtschaftspolitik erklärt habe, daß diese Frage zumindest sehr zweifelhaft sei.

- b) Ein anderer Begründungsansatz leitet die Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften nicht aus einem Umkehrschluß aus der Regelung des § 103 Abs. 1 GWB, sondern aus einer selbständigen, materiellrechtlichen Untersuchung und Bewertung der Tätigkeit der Gebietskörperschaften her. Als bedeutendster Vertreter dieser Ansicht mit den wohl profundesten Argumenten kann hier wohl Niederleithinger gelten⁶¹.

59) A.a.O. (FN 3), S. 146.

60) FN 53, 54, 55.

61) A.a.O. (FN 3), S. 147 ff.; s. dens. auch in: FIW-Schriftenreihe Heft 108, S. 41 ff. - S. 51

Niederleithinger nimmt zum Ausgangspunkt, daß die Abreden des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB, d.h. die Verpflichtung einer Gebietskörperschaft, ausschließlich einem Versorgungsunternehmen die Straßenmitbenutzung zum Zweck der öffentlichen Energieversorgung zu gestatten (Ausschließlichkeitszusage) sowie diejenige, keine eigene öffentliche Energieversorgung durchzuführen (Wettbewerbsverbot), nicht losgelöst gesehen werden könnten von dem Kernstück der Konzessionsverträge, nämlich der Gestattung der Mitbenutzung der öffentlichen Straßen. In bezug auf die Ausschließlichkeitszusage führt er an, daß durch sie jedes andere Versorgungsunternehmen als das begünstigte von der Straßenmitbenutzung ausgeschlossen würde. Diese Vereinbarung könne allerdings nur dann als unternehmerisch angesehen werden, wenn auch die Gestattung der Mitbenutzung eine unternehmerische Betätigung sei, weil ein Rechtsträger "bei der Eingehung einer Unterlassungsverpflichtung ... dann nicht als Unternehmen tätig sein (kann), wenn er bei der Ausübung derjenigen Tätigkeit, die zu unterlassen er sich verpflichtet, nicht als Unternehmen anzusehen wäre"⁶². Auch bezüglich des Wettbewerbsverbots sieht Niederleithinger einen untrennbaren Zusammenhang mit der Gestattung der Mitbenutzung der öffentlichen Straßen; weil eine Gebietskörperschaft diese einem Versorgungsunternehmen dann nicht einräumen würde, wenn sie zur Eigenver-

62) A.a.O. (FN 3), S. 147.

sorgung entschlossen wäre. Ausschlaggebend ist für Niederleithinger damit, ob die Einräumung eines Straßenbenutzungsrechts durch eine Gebietskörperschaft zugunsten eines Versorgungsunternehmens eine unternehmerische Betätigung darstellt, weil nach seiner Ansicht die Entscheidung darüber die kartellrechtliche Beurteilung von Ausschließlichkeitsklausel und Wettbewerbsverbot präjudiziert⁶³. Aufgrund weiterer ausführlicher Darlegungen⁶⁴ kommt Niederleithinger zu dem Ergebnis, daß die Gebietskörperschaften bei der Zustimmung zur Mitbenutzung der Straßengrundstücke als Unternehmen im Sinn des GWB handeln. Als Hauptargument dient ihm hierfür der privatrechtliche Charakter der Zustimmung aufgrund des Wegeeigentums der Gebietskörperschaften. Die Nutzung dieses Wegeeigentums in Konzessionsverträgen betrachtet Niederleithinger vertragsrechtlich als in vielerlei Hinsicht mit bürgerlich-rechtlichen Miet- oder Pachtverträgen verwandt⁶⁵. Die Gestattung der Mitbenutzung sei eine Leistung der Gebietskörperschaften an die Versorgungsunternehmen, die als gewerbliche Leistungen im Sinne des GWB zu werten sei. Beim Abschluß von Konzessionsverträgen handele es sich auf seiten der Gebietskörperschaften um einen marktwirtschaftlichen Vorgang⁶⁶, weil diese ihre Leistung nicht ungeachtet der Gegenleistung erbrächten, sondern ihre Zustimmung nur erteilten, um Konzessionsabgaben bzw. eine gesicherte

63) A.a.O. (FN 3), S. 153.

64) A.a.O. (FN 3), S. 148 ff.

65) A.a.O. (FN 3), S. 149.

66) A.a.O. (FN 3), S. 152.

Versorgung der Abnehmer im Gemeindegebiet zu erhalten. Ohne Bedeutung sei es, daß die Gebietskörperschaften Konzessionsverträge "unter Wahrung öffentlicher Interessen" abschließen, weil in kartellrechtlicher Hinsicht die Nutzung des bürgerlich-rechtlichen Straßeneigentums ausschlaggebend sei⁶⁷. Niederleithinger konzidiert schließlich noch, daß sich Einwände gegen sein Ergebnis geltend machen ließen, wenn man in Betracht ziehe, daß die Gebietskörperschaften nicht nur in ihrer Eigenschaft als Straßeneigentümer handelten, sondern auch als Träger der Straßenbaulast⁶⁸. Er ist jedoch der Ansicht, daß solche Bedenken nicht durchschlagend sein könnten, weil bei den Abreden des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB die Gebietskörperschaften ausschließlich in Ausnutzung des Straßeneigentums handelten; Aufgaben des Straßenbaulastträgers würden bei Ausschließlichkeitszusage und Wettbewerbsverbot nicht berührt⁶⁹.

Der Argumentation Niederleithingers eng verwandt und im Ergebnis übereinstimmend sind noch viele andere Stellungnahmen zur kartellrechtlichen Einordnung des Abschlusses eines Konzessions-

67) A.a.O. (FN 3), S. 153.

68) A.a.O. (FN 3), S. 153.

69) A.a.O. (FN 3), S. 153.

sionsvertrags durch eine Gebietskörperschaft⁷⁰. Der Umfang dieser Ausführungen differiert zwischen knapp oder gar nicht begründeten problemlosen Annahmen der Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften⁷¹ und differenzierter Analyse des kartellrechtlichen Problems⁷². Nahezu allen Stellungnahmen aber, die sich mit der Position der Gebietskörperschaften als Unternehmen im Sinn des GWB näher beschäftigen, verweisen auf den weitgespannten Unternehmens-

70) Baur, a.a.O. (FN 6), S. 35; Beck, in: Ballerstedt (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Energierechts, 1962, S. 61 ff. - S. 74 f.; Biedenkopf/Kellmann, a.a.O. (FN 36), S. 19; Büdenbender, a.a.O. (FN 4), § 103 Rdnr. 88; Emmerich, a.a.O. (FN 38), S. 268; ders., in: Emmerich/Lukes (Hrsg.), Ordnungspolitische Überlegungen zur leistungsgebundenen Energieversorgung, S. 45 ff. - S. 71 f.; ders., BB 1973, S. 1269 ff. - S. 1273; Feuerborn, Der kartellrechtliche Freistellungsbereich für Elektrizitätsversorgungsunternehmen und deren Kontrolle, S. 13 f. (für Abreden i.S.d. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB), S. 47 ff. (implizit für Abreden i.S.d. § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB); Hootz, in: Müller-Henneberg/Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), § 103 Rdnr. 8; Klaue, a.a.O. (FN 52), § 103 Rdnr. 23; Koeppel, Typische Verträge der Energiewirtschaft in kartellrechtlicher Betrachtung, S. 20; Lukes, Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie, S. 62; ders., ET 1974, S. 347 ff. - S. 348; Malzer, WuW 1962, S. 252 ff. - S. 255; ders., WuW 1963, S. 203 ff. - S. 207 f.; ders., ET 1974, S. 345 ff. - S. 346; Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 169; Stahl, in: Eiser/Riederer/Oberholte/Danner, Energiewirtschaftsrecht, II Kartellrecht, S. 111; Zacher, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, S. 297 ff.

71) Vgl. z.B. Koeppel, a.a.O. (FN 70).

72) Vgl. z.B. Büdenbender, a.a.O. (FN 4), § 103 Rdnr. 83 ff.

begriff des GWB, der jedes aktive Verhalten im marktwirtschaftlichen Geschehen, ausgenommen die rein private Nachfragetätigkeit, umfasse. Durch die Verleihung bürgerlich-rechtlicher Sondernutzungserlaubnisse sei dieser Unternehmensbegriff seitens der Gebietskörperschaften erfüllt. Bezüglich des Verzichts von Gebietskörperschaften auf eine Eigenversorgung werden diese teilweise dem GWB als potentielle Unternehmen unterfallend betrachtet⁷³, wobei zur Begründung dieses Ergebnisses eine Entscheidung des Kammergerichts⁷⁴ herangezogen wird, nach der eine Stadt unternehmerisch handelte, als sie den städtischen Hafen unter Einräumung des alleinigen Umschlagsrechts an ein privates Unternehmen verpachtete⁷⁵.

- c) Weitaus in der Minderzahl sind diejenigen Auffassungen, die in bezug auf die Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften beim Abschluß von Konzessionsverträgen Zweifel hegen⁷⁶ oder diese ganz verneinen⁷⁷.

73) Vgl. z.B. Malzer WuW 1962, S. 252 ff. - S. 255; ders. WuW 1963, S. 202 ff. - S. 207 f.

74) WuW/E OLG S. 359 ff.

75) Kritisch zur Übertragung der Rechtsansichten des Kammergerichts auf die hier zur Erörterung stehende Frage Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft, § 22 GWB Anm. 8.

76) Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, a.a.O. (FN 75), § 22 GWB Anm. 7, 8; Scheuten, ET 1962, S. 123 ff. - S. 124; Schumacher, in: Ballerstedt (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Energierechts, 1962, S. 26 ff. - S. 28.

77) Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 174 f., 181, 185, 191.

Scheuten⁷⁸ äußert Zweifel an der Unterhemenseigenschaft der Gebietskörperschaften zunächst aufgrund der unbestreitbaren Tatsache, daß diese durch den Abschluß von Konzessionsverträgen sich durch das vereinbarte Wettbewerbsverbot eben gerade nicht unternehmerisch betätigen, sondern auf eine Eigenversorgung verzichten. Ihm erscheint es sehr fragwürdig, die Unterhemenseigenschaft der Gebietskörperschaften im Sinne eines potentiellen Unternehmens bejahen zu wollen. Er stellt zwar nicht in Abrede, daß für die Gebietskörperschaften theoretisch immer der Weg zu einer Eigenversorgung freistehe. Er ist jedoch im Hinblick auf den finanziellen Bewegungsspielraum vieler Gemeinden und Landkreise der Auffassung, daß dieser nicht so groß sei, daß eine generelle Qualifikation der Gebietskörperschaften als potentielle Unternehmen möglich sei⁷⁹.

Einen gänzlich anderen Ausgangspunkt der Betrachtung wählt Schumacher⁸⁰. Offenbar in Anlehnung an die statusrechtliche Betrachtung der öffent-

78) A.a.O. (FN 76).

79) Kritisch zu dieser Auffassung Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 148, der die Meinung vertritt, daß nicht die wirtschaftliche Fähigkeit der Gebietskörperschaften zur Übernahme der Eigenversorgung ausschlaggebend sei, sondern die Beurteilung der Nutzung des Straßeneigentums der Gebietskörperschaften.

80) A.a.O. (FN 76), S. 28, FN 8.

lichen Straßen bereits von Köttgen⁸¹ und Forsthoff⁸² wirft er die Frage auf, ob nicht die Figur des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen und Wegen auch den Bereich der öffentlichen Energieversorgung erfassen müßte. Für ihn ist es angesichts des Umfangs, in dem öffentliche Straßen für die Energieversorgung in Anspruch genommen werden, sehr fraglich, ob diese "Handhabung des Straßeneigentums noch mit dem Grundgedanken der Straße vereinbar" ist.

Püttner⁸³ kann als der entschiedenste Gegner der Qualifikation von Gebietskörperschaften als Unternehmen im Sinn des GWB beim Abschluß von Konzessionsverträgen angesehen werden. Seine, der h.M. diametral entgegengesetzte Ansicht stützt er auf mehrere Grundüberlegungen. Der Ausgangspunkt Püttners liegt in der Betrachtung der Gesetzgebungskompetenz für die hier zu erörternde Frage. Püttner bestreitet zwar nicht generell die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 74 Nr. 16 GG (Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) zur Schaffung des GWB, ist aber der Meinung, daß dieser Verfassungsauftrag nur der Verhütung privater wirtschaftlicher Macht diene⁸⁴. Die-

81) Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 26 ff.

82) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, S. 395 f.

83) A.a.O. (FN 77).

84) A.a.O. (FN 77), S. 174.

ses Ergebnis unterstützt er unter Heranziehung von bereits v. Köhler⁸⁵ geäußerte Argumente durch eine wertende Betrachtung des Regelungsgehalts des § 98 Abs. 1 GWB. Diese Bestimmung legt fest, daß die Vorschriften des GWB auch Anwendung finden auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden, sofern die §§ 99 - 103 GWB keine andere Regelung vorsehen. Püttner versteht den Sinn des § 98 Abs. 1 GWB dergestalt, daß diesem eine Abgrenzungsfunktion beigemessen werden müsse. Die öffentliche Hand als solche und damit auch die Gebietskörperschaften unterfallen nach seiner Ansicht nicht dem Anwendungsbereich des GWB. Er wendet sich damit gegen die Auffassung vom funktionalen Unternehmensbegriff, nach der auch die Betätigung der Gebietskörperschaften als vom GWB umfaßt zu betrachten sei, weil dadurch § 98 Abs. 1 GWB zu einer "überflüssigen, lediglich für Teilbereiche klarstellenden Vorschrift"⁸⁶ degradiert werde. Er ist der Meinung, daß es nicht Aufgabe des GWB, sondern vielmehr des öffentlichen Rechts und insbesondere der Grundrechte sei, Mißbräuche der öffentlichen Hand, auch soweit sie sich in privatrechtlichen Formen betätige, zu verhindern. Das letztlich entscheidende Argument Püttners gegen eine Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften beim Abschluß von

85) DVBl. 1961, S. 605 ff.; DVBl. 1964, S. 214 ff., insbes. S. 216 f.

86) A.a.O. (FN 77), S. 175.

Konzessionsverträgen ist der damit von den Gebietskörperschaften verfolgte öffentliche Zweck. Für ihn bedeutet dieser auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß Konzessionsverträge den marktwirtschaftlichen Wettbewerb beeinflussen können, eine Nichtanwendbarkeit des GWB, weil sich "der von der Gemeinde verfolgte öffentliche Zweck gegenüber dem Kartellrecht als unangreifbar"⁸⁷ erweise. Für Püttner ist damit der Abschluß eines Konzessionsvertrags durch eine Gebietskörperschaft nicht eine dem GWB unterfallende Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, sondern ein nichtunternehmerisches Handeln zur Erreichung und Sicherung des öffentlichen Zwecks.

3. Die Öffentliche Hand und das GWB - Die Leistungsverwaltung in kartellrechtlicher Sicht

Die Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften beim Abschluß von Konzessionsverträgen ist, wie aufgezeigt, durchaus einer dichotomen Beurteilung zugänglich. Vereinfachend zusammenfassen lassen sich die kontroversen Anschauungen hinsichtlich dieser Frage dahingehend, daß die Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften von der überwiegenden Meinung zumeist aufgrund ihrer marktrelevanten Betätigung bejaht wird⁸⁸. Bei der gegentei-

87) A.a.O. (FN 77), S. 175.

88) S. dazu oben S. 158 ff.

ligen Ansicht, insbesondere der von Püttner⁸⁹, wird zwar diese Marktrelevanz nicht durchgängig bestritten, die Unternehmenseigenschaft der Gebietskörperschaften aber im Hinblick auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke abgelehnt. Diese unterschiedlichen Beurteilungen lassen sich nur daraus erklären, daß einerseits die Gebietskörperschaften beim Abschluß von Konzessionsverträgen anderen (privaten) Rechtssubjekten in bezug auf deren wirtschaftliche Betätigung funktional gleichgestellt werden, andererseits aber wegen der Verfolgung öffentlicher Zwecke eine Sonderbehandlung erfahren. Das Problem der kartellrechtlichen Beurteilung der Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften tritt in dieser Hinsicht nicht nur beim Abschluß von Konzessionsverträgen auf. Es ist vielmehr eingebettet in den weiten Fragenbereich, inwieweit die öffentliche Hand überhaupt den Wettbewerbsregeln des GWB unterfallen kann. Klärungsbedürftig ist hier der persönliche Anwendungsbereich des GWB sowie nachfolgend die Frage, ob sich aus der Rechtsform des Handelns Rückschlüsse auf dessen wettbewerbsrechtliche Relevanz ziehen lassen⁹⁰.

- a) Die Frage, ob bereits die Eigenschaft als "öffentliche Hand" von der Anwendung der Vorschriften des GWB dispensiert, kann nur anhand der Bestimmungen des GWB selbst entschieden werden.

89) S. dazu oben S. 165 ff.

90) So auch Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 361.

Die einzelnen Bestimmungen des GWB haben als Normadressaten ganz überwiegend Unternehmen. Wie bereits ausgeführt, definiert das GWB den Begriffsinhalt des Unternehmens nicht. Demgemäß finden sich in den einzelnen Reglementierungen des GWB auch keine Ausführungen dazu, ob die öffentliche Hand bei ihren Betätigungen die Voraussetzungen der Unternehmenseigenschaft erfüllt oder nicht. Auch der Bestimmung des Unternehmensbegriffs⁹¹ in Literatur und Rechtsprechung kann kein eindeutiges Kriterium entnommen werden, weil auch hier keine gesonderte Erfassung der öffentlichen Hand vorgenommen wird. Treffen somit die Einzelreglementierungen des GWB keine Aussage über die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand, so enthält doch der 5. Teil des GWB, der dessen Anwendungsbereich regelt, in § 98 Abs. 1 GWB eine Vorschrift, die sich zwar nicht auf die öffentliche Hand bezieht, aber doch die Anwendung des GWB auf solche Unternehmen vorsieht, die ganz oder teilweise in ihrem Eigentum stehen oder von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die Begründung⁹² zu § 73 Abs. 1⁹³ des Regierungsentwurfs führt dazu aus, daß entsprechend der Notwendigkeit, den Unternehmensbegriff selbständig anhand des Zwecks des GWB zu

91) S. dazu S. 150 ff.; umfassend zum Unternehmensbegriff des GWB im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand Schwarz, a.a.O. (FN 35), S. 41 ff.

92) A.a.O. (FN 33), S. 55.

93) § 73 Abs. 1 des Entwurfs des GWB entspricht wörtlich gleichlautend § 98 Abs. 1 GWB.

bestimmen, das GWB für jedes Unternehmen verbindlich sei, "das sich am geschäftlichen Verkehr über Waren oder gewerbliche Leistungen beteilige". Weiterführend dazu wird hier die Meinung vertreten, "daß das Eigentum der öffentlichen Hand oder das Gemeineigentum an einem Unternehmen ... der Anwendung des Gesetzes nicht entgegensteht". Auch die Begründung zu § 1 GWB⁹⁴ geht auf die Problematik der öffentlichen Hand ein. Es heißt hier, daß die Rechtsform des Unternehmens für die Unternehmenseigenschaft unerheblich sei, "ebenso - wie sich aus § 73 Abs. 1 ergibt - die Eigentumsfrage (öffentliche Hand, Gemeineigentum oder Gemeinwirtschaft)". Aus der Begründung des Regierungsentwurfs kann damit gefolgert werden, daß aus der öffentlichen Hand ausgegliederte Organisationseinheiten, z.B. im Eigentum von Gebietskörperschaften stehende Aktien- oder Handelsgesellschaften, dem GWB unterfallen können. Nicht aber trifft das GWB eine Bestimmung, welche die öffentliche Hand als solche direkt betrifft. Die diesbezüglichen Ausführungen klammern vielmehr Betätigungen der öffentlichen Hand aus und beziehen sich jeweils nur auf im Eigentum der öffentlichen Hand befindliche Unternehmen.

Diese Art des Vorgehens kann zweierlei bedeuten. Zum einen könnten die Entwurfsverfasser des GWB davon ausgegangen sein, daß auch die öffentliche Hand

94) A.a.O. (FN 33), S. 31.

dem GWB unterfalle. Diese Annahme ist grundsätzlich denkbar, insbesondere, weil der Entwurf von einem sehr weit gefaßten Unternehmensbegriff ausgeht, nach der "eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr" genügt⁹⁵. In diese Richtung weisen können auch die Ausführungen im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines GWB⁹⁶. Diesem kann entnommen werden, daß der Ausschuß für Wirtschaftspolitik den Forstfiskus beim Verkauf von Holz als Unternehmen betrachtete. Diese Wertung wird denn auch mit zum Anlaß genommen, die Unternehmensqualität des Staates ganz generell zu bejahen⁹⁷. Ob der Ausschuß für Wirtschaftspolitik seinen Ausführungen tatsächlich eine solch weitreichende Bedeutung beimessen wollte, erscheint zweifelhaft. Er hat sich nämlich in seinem Bericht nicht mit der Unternehmenseigenschaft des Staats ausführlich beschäftigt, sondern nur in einem einzigen Satz ausgeführt, daß das GWB auch dann anwendbar sei, "wenn der Staat als Verwaltung wirtschaftlich tätig wird, z.B. als Forstfiskus". Angesichts der vielschichtigen Problemlage bei der Betätigung der öffentlichen Hand kann diesem knappen, nicht begründeten Satz keine allzu

95) A.a.O. (FN 33), S. 31.

96) Zu BT-Drs. II/3644

97) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 98 Abs. 1 Rdnr. 50.

große Bedeutung beigelegt werden, er ist lediglich als Indiz für die Richtung der Betrachtung, von der der Ausschluß ausgegangen ist, zu werten.

Denkbar ist noch eine andere Möglichkeit der Betrachtung. Ausgehend davon, daß in der Entwurfsbegründung des GWB sich keinerlei Ausführungen zur Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand finden, sondern immer nur Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand angesprochen sind, liegt es nahe, anzunehmen, daß der Entwurf die marktrelevanten Betätigungen der öffentlichen Hand als solcher überhaupt nicht behandelt hat. Eine solche Betrachtungsweise hat zur Folge, daß sich jedenfalls aus der Entwurfsbegründung keine Rückschlüsse auf die Unternehmensqualität der öffentlichen Hand ziehen lassen. Damit käme ein Argument der Befürworter der Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand in Wegfall. Dies würde aber grundsätzlich nicht deren Einbeziehung in den weit gefaßten funktionalen Unternehmensbegriff des GWB hindern. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß auch die Regelung des § 98 Abs. 1 GWB in diesem Zusammenhang noch einen Sinn ergibt. Das GWB geht bei der Verwendung des Begriffs "Unternehmen" grundsätzlich davon aus, daß dafür Rechtsform und Eigentumsverhältnisse nicht von Bedeutung sind⁹⁸. Dies ergibt sich nicht aus der Regelung des § 98 Abs. 1 GWB, sondern aus der grundlegenden Intention des GWB, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, denn

98) Vgl. dazu bereits die Begründung zum Entwurf des GWB, a.a.O. (FN 33), S. 31.

die Fähigkeit, wettbewerbsbeschränkende Handlungen auf dem Markt vorzunehmen ist unabhängig von der Rechtsform und den Eigentumsverhältnissen eines Rechtssubjekts. Ob diese Aussage auch Gültigkeit in bezug auf Tätigkeiten der öffentlichen Hand hat, ist indes sehr fraglich. Würde man dies annehmen, so wäre § 98 Abs. 1 GWB lediglich eine hinsichtlich Rechtsform und Eigentumsverhältnissen von Unternehmen der öffentlichen Hand klarstellende Vorschrift und enthielte keinerlei Aussage in bezug auf die öffentliche Hand als solche. Angesichts des Grundanliegens des GWB, Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von diesen Gegebenheiten zu reglementieren, erscheint es jedoch sehr viel plausibler, der Regelung des § 98 Abs. 1 GWB auch eine positive Aussage über die öffentliche Hand selbst beizumessen. Diese kann dann nur darin bestehen, daß der Gesetzgeber in § 98 Abs. 1 GWB deutlich zwischen einerseits der öffentlichen Hand und andererseits den von ihr beherrschten Unternehmen unterscheiden wollte. Während die Anwendung des GWB nicht daran scheitern sollte, daß ein Betrieb sich im Eigentum der öffentlichen Hand befindet (insoweit dürfte § 98 Abs. 1 GWB nur eine Klarstellung enthalten) sollte demgegenüber die öffentliche Hand selbst bei ihren Betätigungen von der Anwendung des GWB dispensiert sein⁹⁹. Es zeigt sich damit, daß eine wertende Betrachtung der Funktionen des allgemeinen, dem GWB zugrundeliegenden funktionalen Unternehmensbegriff im Zusammenspiel mit dem Sinngehalt des § 98 Abs. 1 GWB es nahelegt; den

99) In diesem Sinn: v. Köhler, DVBl. 1961, S. 605 ff. - S. 607; ders., DVBl. 1964, S. 214 ff. - S. 218; Müller-Henneberg, a.a.O. (FN 47), § 98 Abs. 1 Rdnr. 7, § 1 Rdnr. 11; ders., NJW 1971, S. 113 ff. - S. 117; Duisberg, Forschungssubventionen an Großunternehmen, S. 84 f.; wohl auch Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 ff. - S. 245.

Staat und somit auch die Gebietskörperschaften von der Anwendung der Reglementierungen des GWB auszunehmen¹⁰⁰.

- b) Die vorstehend geäußerten Bedenken gegen die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand, die in bezug auf den funktionalen Gehalt des Unternehmensbegriffs im Sinn der h.M. eine gewisse Vergegenständlichung dieses Begriffs bedeuten, knüpfen in rein formaler Weise an die Regelung des § 98 Abs. 1 GWB an. Die Nichteinbeziehung der öffentlichen Hand in den Unternehmensbegriff wurde hier allein aus § 98 Abs. 1 GWB anhand einer wertenden Gegenüberstellung von öffentlicher Hand und allen übrigen Rechtssubjekten begründet. Die Motivation und Rechtsform des jeweils in Frage stehenden Handelns blieb demgegenüber außer Betracht. Wenn aber bereits daraus, daß ein bestimmtes Handeln der öffentlichen Hand zuzurechnen ist, sich Bedenken im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des GWB ergeben, so können diese noch wesentlich verstärkt werden durch den Nachweis, daß staatliches Handeln bereits aufgrund seiner Qualität und Erscheinungsform nicht vom Regelungsgehalt des GWB erfaßt würde. Ein solcher Nachweis könnte als erbracht gelten, wenn es generell oder in Teilbereichen nicht unternehmerisch wäre. Bezugs-

100) A.A. Frentzel, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, S. 26; Schwarz, a.a.O. (FN 35), S. 3; Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 30 f.; ders. in: FIW-Schriftenreihe, Heft 108, S. 41 ff. - S. 42; Emmerich, a.a.O. (FN 97), § 98 Abs. 1 Rdnr. 50; ders., a.a.O. (FN 38), S. 260 ff.; ders., AG 1976, S. 225 ff. - S. 227; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 148 f.; Scholz, ZHR 132, S. 97 ff. - S. 97; Ulmer, Programminformationen der Rundfunkanstalten in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 19; BGH NJW 1980, S. 1046 f. - S. 1046; BGH, WuW/E S. 1581 ff. - S. 1582 f.; BGH WRP 1982, S. 87 f., dazu Brühl WRP 1983, S. 3 ff.

punkt einer solchen Untersuchung ist somit direkt der funktionale Begriff des Unternehmens in seiner Auswirkung auf Handlungen der öffentlichen Hand.

Dem allgemein anerkannten Begriff des Unternehmens unterfällt jedes aktive, nicht rein der privaten Nachfrage dienende Handeln auf dem Markt, das einem selbständigen Rechtsträger zurechenbar ist. Diese Definition verhält sich in bezug auf die Motivation sowie die Rechtsform eines in Frage stehenden Handelns neutral. Eine Betätigung ist demnach insbesondere nicht deswegen unternehmerisch und damit kartellrechtlich relevant, weil mit ihr etwas bestimmtes erreicht werden soll, sondern bereits deswegen, weil sie im geschäftlichen Verkehr erfolgt. Diese Wertung enthält bereits die Entwurfsbegründung des GWB¹⁰¹, nach der ein Handeln auch dann unternehmerisch sein kann, wenn es nicht in der Absicht geschieht, Gewinn zu erzielen. Auch die ganz h.M. vertritt die Auffassung, daß die einer Betätigung zugrundeliegende Motivation für deren Qualifizierung als unternehmerisch völlig ohne Belang ist¹⁰². Fraglich ist, ob diese Anschauung auch in bezug auf sämtliche Handlungen der öffentlichen Hand zutrifft. Um diese Frage zu beantworten, gilt es, die möglichen Motivationen von privatwirtschaftlichem Handeln bzw. von Betätigungen der öffentlichen Hand in ihren verschiedenen Erscheinungsformen

101) A.a.O. (FN 33), S. 31.

102) Emmerich, a.a.O. (FN 38), S. 262; ders., a.a.O. (FN 97), § 98 Abs. 1 Rdnr. 38 m.w.N.; ders., AG 1976, S. 225 ff. - S. 229 m.w.N.; v. Gamm, WRP 1984, S. 303 f. - S. 308; Niederleithinger in: FIW-Schriftenreihe, Heft 108, S. 41 ff. - S. 46; Scholz, ZHR 132, S. 97 ff. - S. 128 m.w.N.; BGH, NJW 1980, S. 1046 f. - S. 1046.

zu erfassen und jeweils zu untersuchen, ob bzw. inwieweit diese als den Zielvorstellungen des GWB zuwiderlaufend betrachtet werden müssen. Stellt sich dabei heraus, daß eine bestimmte Handlung den ordnungspolitischen Vorstellungen des GWB unterfällt, so ist sie unternehmerisch. Wird andererseits eine bestimmte Tätigkeit nicht vom Regelungsgehalt des GWB erfaßt, so ist sie zwangsläufig nicht unternehmerisch, weil der Begriffsinhalt des Unternehmensbegriffs seinerseits anhand des Sinns und Zwecks des GWB entwickelt wurde¹⁰³.

- aa) Die Betätigungen der öffentlichen Hand sind vielfältiger Art. Erfaßt man zunächst nur die äußere Erscheinungsform, so ergibt sich die wesentlichste Unterscheidung zwischen bürgerlich-rechtlichem Handeln und öffentlich-rechtlichem Handeln. Der Staat ist in bestimmten Bereichen darauf verwiesen, sich der öffentlich-rechtlichen Handlungsform zu bedienen¹⁰⁴, z.B. bei der Festsetzung von Steuern und Abgaben, er bedient sich aber auch häufig der Privatrechtsform, z.B. bei Bedarfsdeckungsgeschäften mittels privatrechtlicher Kaufverträge. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die öffentliche Hand bei der Gesamtheit ihrer Betätigungen an ein vorgeprägtes Schema derart gebunden wäre, daß sie in bestimmten Bereichen nur öffentlich-rechtlich, in anderen nur privatrechtlich handeln dürfe. Das genaue Gegenteil ist zutreffend; soweit die Rechtsordnung der öffentlichen Hand für ihr Handeln keine bestimmte Handlungsform vorschreibt, ist sie

103) S. dazu bereits S. 151 ff.

104) Vgl. dazu näher bei Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 174 ff.

grundsätzlich berechtigt, sich diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten selbst zu wählen, d.h. sie kann dann entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich handeln¹⁰⁵. Eine solche Wahlfreiheit besteht insbesondere bei der Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge¹⁰⁶. Als augenfälliges Beispiel sei hier die Möglichkeit der Gebietskörperschaften genannt, die öffentlichen Einrichtungen entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu organisieren¹⁰⁷. Im ersteren Fall richtet sich auch die Benutzungsordnung nach Vorschriften des bürgerlichen Rechts, betreibt eine Gebietskörperschaft eine öffentliche Einrichtung jedoch öffentlich-rechtlich in eigener Regie, hat sie die Möglichkeit, das Benutzungsverhältnis privatrechtlich, z.B. durch Zugrundelegung allgemeiner Geschäftsbedingungen oder hoheitlich durch Benutzungssatzung zu regeln¹⁰⁸. Dieser Wahlmöglichkeit zwischen hoheitlicher und privatrechtlicher Betätigung entsprechen auch verschiedene rechtliche Bindungen des Handelns in diesen Bereichen.

105) Vgl. z.B. BVerwGE 13, S. 47 ff. - S. 55; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 136 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 410; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Band I, § 23 I; Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 64 ff.; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 349.

106) Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., S. 129 ff. - S. 307; Stern/Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, S. 70 ff.

107) Allgemein zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der Verwendung von Organisationsformen des Privatrechts Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 109 ff.; Püttner, JA 1980, S. 218 ff.

108) Ossenbühl, DVBl. 1974, S. 541 ff. - S. 541; Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 174 ff.

Soweit sich die öffentliche Hand der Handlungsform des öffentlichen Rechts bedient, ist sie in vollem Umfang an die jeweils einschlägigen öffentlich-rechtlichen Reglementierungen gebunden. Bei privatrechtlicher Betätigung unterliegt sie vornehmlich den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. In kartellrechtlicher Hinsicht stellt sich in bezug auf die verschiedenartigen Rechtsformen, derer sich die öffentliche Hand bedienen kann, die Frage, ob bzw. inwieweit bereits diese die Anwendbarkeit des GWB beeinflussen können.

- bb) Bedient sich die öffentliche Hand öffentlich-rechtlicher Handlungsformen (Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag, Rechtsnorm), so kann das Ergebnis nur lauten, daß das GWB darauf nicht anwendbar ist. Diese Beurteilung wird auch von der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur¹⁰⁹ und Rechtsprechung¹¹⁰ geteilt. Bereits

109) Emmerich, a.a.O. (FN 97), § 98 Abs. 1 Rdnrn. 5 ff., 35; Niederleithinger, a.a.O. (FN 3), S. 36 f.; Biedenkopf/Kellmann, a.a.O. (FN 36), S. 17 f.; Ganderberger, a.a.O. (FN 34), S. 91 ff.; Jüttner-Kramny in: FIW-Schriftenreihe, Heft 108, S. 79 ff. - S. 89; Schmidt, a.a.O. (FN 36), S. 1406; Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108; Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 66 f., S. 153; Forsthoff, Der Staat als Auftragegeber, S. 28 für den Bereich der herkömmlichen Verwaltungsfunktionen; ebenso mit Einschränkungen Müller-Henneberg, NJW 1971, S. 113 ff. - S. 113, 117; a.A. Langer, a.a.O. (FN 34), S. 256, der allerdings dem Begriff des Unternehmens im GWB ohnehin eine abgrenzende Funktion abspricht; Schwarz, a.a.O. (FN 35), S. 9 ff.; Scholz, a.a.O. (FN 100), S. 107 ff. Für eine Anwendung des Wettbewerbsrechts auch auf öffentlichrechtliche Rechtsbeziehungen Scholz, a.a.O. (FN 100), S. 121 ff.; ders., NJW 1974, S. 781 ff. - S. 781 f.; ders., Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 149 ff.; Hubmann, WiVerw S. 41 ff. - S. 46; Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 364 f.

110) BGH, NJW 1980, S. 1046 f. m.w.N.

die Begründung zum Entwurf des GWB¹¹¹ nimmt dazu in dieser Richtung Stellung. Es wird dort ausgeführt, daß sich das GWB gegen Handlungsweisen richte, die den Wettbewerb im geschäftlichen Verkehr beschränken, "also innerhalb des Gebietes wirtschaftlicher Vorgänge bleiben, die durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte abgewickelt werden. Nur insoweit liegen "Marktverhältnisse" vor. Nicht dagegen will das Gesetz Leistungen erfassen, die auf Grund hoheitlicher Bestimmungen gegeben oder gefordert werden". Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform ist danach einer Kontrolle ausschließlich anhand der Vorschriften des öffentlichen Rechts unterworfen. Diese regeln die Voraussetzungen für die jeweilige Tätigkeit sowie die Art und Weise der konkreten Durchführung. Das öffentliche Recht erweist sich hier seiner Funktion nach als exklusives Sonderrecht, neben dem Rechtsregelungen anderer Bereiche nicht zur Anwendung gelangen können.

Auch der Rechtsprechung des BGH lag früher die Auffassung zugrunde, daß das Wettbewerbsrecht nur auf privatrechtlich geordnete Sachverhalte anwendbar sei; abgestellt wurde insoweit auf die Rechtsnatur der vertraglichen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und dem jeweiligen Vertragspartner (Leistungsbeziehung)¹¹². Öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen sind zwar auch nach der neueren Rechtsprechung des BGH

111) A.a.O. (FN 33), S. 31

112) S. dazu Emmerich, a.a.O. (FN 97), § 98 Abs. 1 Rdnrn. 5 ff.; ders., a.a.O. (FN 38), S. 281 ff.; Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 362 ff.

grundsätzlich einer Reglementierung durch die Sanktionsnormen des GWB entzogen, davon unberührt bleiben aber diejenigen Beziehungen, die neben den Leistungsbeziehungen und losgelöst von diesen zwischen der öffentlichen Hand und etwaigen Konkurrenten bestehen (Wettbewerbsbeziehungen). So ist es nach der Rechtsprechung des BGH und der ganz h.M. im Privatrecht¹¹³ möglich, daß trotz öffentlich-rechtlich geordneter Leistungsbeziehungen privatrechtliche Wettbewerbsbeziehungen, auf die das Wettbewerbsrecht anwendbar ist, zwischen der öffentlichen Hand und Dritten existieren. Nach dieser Ansicht kann ein und dieselbe Handlung ihrer Rechtsnatur nach in der Leistungsbeziehung öffentlich-rechtlicher und in der Wettbewerbsbeziehung privatrechtlicher Art sein. Folge dieser Differenzierung zwischen Wettbewerbs- und Leistungsbeziehung ist, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeziehung gleichzeitig auch die öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehung mitbewertet, weil beide Beziehungen, da auf einer einzigen Handlung beruhend, insoweit nicht getrennt werden können¹¹⁴.

113) Emmerich, a.a.O. (FN 97), § 98 Abs. 1 Rdnrn. 12, 14; ders., a.a.O. (FN 38), S. 285 ff.; ders., JuS 1974, S. 528 f.; ders., JuS 1976, S. 751 f.; v. Gamm, a.a.O. (FN 102), S. 306 f.; Grupp, ZHR 140, S. 367 ff. - S. 392; Hubmann, a.a.O. (FN 109), S. 42 ff.; Mestmäcker, NJW 1969, S. 1 ff. - S. 3; Pinger, GRUR 1973, S. 456 ff. - S. 458 f.; Ulmer, ZHR 146, S. 466 ff. - S. 477 ff. m.w.N.; s. dazu aber auch Scholz, NJW 1974, S. 781; ders., NJW 1978, S. 16 ff.

114) Vgl. dazu BGHZ 67, S. 84 ff. - S. 85: Dar- aus, daß sich der Klageantrag gegen eine hoheitliche Maßnahme der öffentlichen Hand richtet "folgt jedoch nicht, daß der Zivil- rechtsweg immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt oder in sonstiger Weise auf das hoheitliche Handeln eines Verwaltungsträgers Einfluß ge- nommen werden soll".

Grundlegende Bedeutung beanspruchen in dem Zusammenhang zwei Entscheidungen des BGH (Großer Senat für Zivilsachen) vom 22.3.1976¹¹⁵⁾. Bei der Entscheidung BGHZ 66, S. 229 ff. beanstandete ein Verband privater Krankenversicherer, daß eine Ersatzkasse bestimmten, zum Eintritt in die gesetzliche Krankenversicherung berechtigten Personen (Schüler und Studenten) wettbewerbswidrig niedrige Tarife anbot¹¹⁶⁾. Der BGH führte dazu aus, daß zwischen den privaten Krankenversicherern und den Ersatzkassen bezüglich der Schüler und Studenten ein Wettbewerbsverhältnis bestehe, das privatrechtlicher Art sei, weil beide Versicherer sich hier nicht in einem Über- oder Unterordnungsverhältnis gegenüberständen, sondern in einem solchen der Gleichordnung, das auch keine öffentlich-rechtlichen Elemente aufweise¹¹⁷⁾. Davon strikt zu trennen sei, daß die Beziehungen der Ersatzkassen zu ihren Mitgliedern öffentlich-rechtlicher Natur seien. Die öffentliche Hand unterliege danach "im Falle einer wirtschaftlichen Betätigung den Schranken des allgemeinen Wettbewerbs-

115) BGHZ 66, S. 229 ff.; BGHZ 67, S. 81 ff.

116) Diese Entscheidung betrifft das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 7.6.1909 (BGBI. III 43-1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.3.1975 (BGBI. I, 685) und nicht das GWB. Dies ist jedoch nicht entscheidend, weil der erhobene Unterlassungsanspruch auf § 1 UWG gestützt war und diese Generalklausel des UWG in gleicher Weise wie das GWB ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraussetzt.

117) Das OLG Köln als Vorinstanz, NJW 1974, S. 802 ff., vertrat demgegenüber noch den Standpunkt, daß die Tarifgestaltung ein unmittelbarer Ausfluß hoheitlicher Tätigkeit sei und sich damit im Verhältnis zu der Wettbewerbsbeziehung durchsetzen könne und der ganzen Streitsache öffentlich-rechtlichen Charakter verleihe.

rechts unabhängig davon, ob die Leistungsbeziehungen zu ihren Abnehmern, Mitgliedern oder Benutzern privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet sind. Ein und dieselbe Handlung kann je nach der Beziehung, in der sie Wirkungen äußert, einmal als hoheitlich zum anderen als privatrechtlich zu qualifizieren sein. Eine privatrechtliche Qualifizierung ist geboten, wenn die öffentliche Hand, ... zu privaten Mitbewerbern in einem echten Wettbewerbsverhältnis steht, beide sich also als Anbieter auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen und besondere öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen ihnen nicht gegeben sind." Die Entscheidung BGHZ 67, S. 81 ff. betraf den Fall, daß die Beklagten, eine kassenärztliche Vereinigung und eine Landesärztekammer, ihren Mitgliedern durch ein Rundschreiben nahelegten, Blutuntersuchungen nicht durch die Klägerin, einem privaten Unternehmen, vornehmen zu lassen, sondern durch Ärzte (und damit durch Mitglieder der Beklagten). Die Klägerin sah in diesem Verhalten eine gemäß § 26 GWB verbotene Diskriminierung. Der BGH legte seiner Entscheidung die Auffassung zugrunde, daß die Beklagten jeweils Unternehmen im Sinn des GWB seien, weil sie eine Vereinigung von Ärzten darstellen, die ihrerseits unternehmerisch beim Nachfragen von Leistungen, die auch die Klägerin erbringe, handelten. Das hoheitliche Verhältnis der Beklagten zu ihren Mitgliedern sei unerheblich, es gehe "hinsichtlich des Verhältnisses zum privaten Unternehmen ... nicht darum, ob der Träger der öffentlichen Verwaltung in rechtswidriger Weise hoheitlich tätig geworden ist", "sondern um die Entscheidung darüber, ob die öffentliche Ver-

waltung die vom Privatrecht gezogenen Grenzen eingehalten hat, die sie beachten muß, wenn und soweit sie am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Hierbei sind zwar auch Rechtssätze des öffentlichen Rechts mit heranzuziehen. Diese haben aber nur die Bedeutung von Vorfragen ..."

Der BGH hat über diese beiden Entscheidungen hinaus auch in weiteren Urteilen seine Rechtsprechung zur Trennung von Wettbewerbs- und Leistungsbeziehungen fortgeführt¹¹⁸. Wenn dieser auch von der ganz herrschenden Lehre im Privatrecht beigespflichtet wird, so ist sie doch von öffentlich-rechtlicher Seite berechtigterweise und zutreffend hart kritisiert worden¹¹⁹. Hervorgehoben wird hier zunächst, daß das Abgrenzungskriterium, das der BGH hinsichtlich der Zuordnung der Wettbewerbsbeziehung zum öffentlichen oder zum privaten Recht zugrundelegt, nämlich die sogenannte Subjektionstheorie¹²⁰, nicht geeignet ist, wenn die öffentliche Hand, wie in den zu beurteilenden Fällen, nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt handelt¹²¹. Der

118) S. dazu z.B. BGH, GRUR 1982, S. 433 ff., dieser Fall weist große Ähnlichkeiten zu BGHZ 66, S. 229 ff. auf; BGH GRUR 1982, S. 425 ff.; s. dazu auch OLG Karlsruhe, WRP 1983, S. 223 ff. In Konsequenz dieser Rechtsprechung wird auch der Wettbewerb von öffentlichrechtlichen Versicherungsträgern dem Wettbewerbsrecht unterstellt. S. dazu OLG Celle, WRP 1984, S. 328 f. - S. 328 sowie OLG Karlsruhe, WRP 1984, S. 340 ff. - S. 342.

119) Menger, VerwArch 68 (1977), S. 293 ff.; Püttner, DÖV 1976, S. 635; Bettermann, DVBl. 1977, S. 180 ff.; Schimmelpfeng, NJW 1977, S. 1093 f.; s. dazu auch Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 363 f.

120) Zu dieser sowie zu den sonstigen Abgrenzungstheorien s. Eherls, a.a.O. (FN 90), S. 53 ff. m.w.N.

121) Menger, a.a.O. (FN 119), S. 296; Bettermann, a.a.O. (FN 119), S. 181.

Kritik an der Rechtsprechung des BGH ist insbesondere beizupflichten, wenn sie ausführt, daß eine Klage, die sich direkt auf ein hoheitliches Handeln bezieht, sei es, daß ein solches erstrebt wird oder abgewehrt werden soll, ihren Rechtsgrund stets im öffentlichen Recht hat und damit Maßstabsnormen für die Berechtigung und für den Erfolg einer solchen Klage stets auch nur die Normen des öffentlichen Rechts sein können. Es kann nicht angehen, daß durch eine künstliche Aufspaltung einer Rechtshandlung in zwei Rechtsbeziehungen, die jeweils verschiedener Rechtsnatur sind, letztlich durch Anwendung von privatrechtlichen Normen des Wettbewerbsrechts öffentlich-rechtliches Verhalten ge- oder verboten wird¹²². Eine Doppelqualifikation von Handlungen der öffentlichen Hand und deren Unterstellung unter zwei verschiedene Rechtsregime je nach der Sicht der Betrachtungsweise ist damit nicht möglich.

Nicht unerwähnt soll bleiben, daß sich in der Rechtsprechung des BGH noch eine Variante der eben geschilderten Doppelqualifikation finden läßt. Diese beruht allerdings nicht darauf, daß der BGH eine Handlung in mehrere Rechtsbeziehungen aufspaltet und demgemäß verschiedenen Rechtsregelungen unterwirft, sondern auf einer Sicht, nach der hoheitliches, öffentlich-rechtliches Handeln in bezug auf einen bestimmten Adressaten seine Qualität als öffentlich-rechtlich verlieren und damit seiner Rechtsnatur nach "umschlagen" kann, wenn der öffentliche Rechtsträ-

122) Bettermann, a.a.O. (FN 119), S. 182;
Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 364.

ger nicht mehr im Rahmen seiner Befugnisse handelt. Für den BGH ergibt sich in dieser Hinsicht eine Gleichung dahingehend, daß öffentlich-rechtliches Handeln, das sich beim Adressaten auf dessen wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auswirkt, dann den privatrechtlichen Normen des Wettbewerbsrechts untersteht, wenn es in öffentlich-rechtlicher Hinsicht rechtswidrig ist¹²³. Eine solche Auffassung muß bereits deshalb auf gravierende Bedenken stoßen, weil hierbei nicht mehr ersichtlich ist, inwieweit öffentlich-rechtliche Rechtsschutzmittel in Anspruch genommen werden können bzw. ab wann der zivilrechtliche Rechtsschutz einsetzt¹²⁴.

Die neuere Rechtsprechung läßt sich damit in bezug auf die Anwendbarkeit des GWB auf öffentlich-rechtliche Betätigungen der öffentlichen Hand dahingehend zusammenfassen, daß diese jedenfalls nicht mehr eo ipso den Reglementierungen des GWB verschlossen sind. Immerhin sind auch nach der Rechtsprechung des BGH öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen, die auf einem rechtmäßigen Handeln der jeweiligen öffentlichen Rechtsträger beruhen nicht einer Regelung durch das GWB zugänglich. Zutreffender ist es jedoch, öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen

123) S. dazu z.B. den Beschluß des BGH vom 16.12.1976, GRUR 1977, S. 739 ff.; zustimmend Leisner, Berufsordnungsrecht und Werbeverbote, S. 25 f.

124) Zu diesen Bedenken s. BayObLG, GRUR 1982, S. 500 ff. - S. 502, das die öffentliche Hand nur insoweit dem GWB unterstellen will, als diese sich außerhalb jeder gesetzlichen Ermächtigung bewegt und nicht schon dann, wenn sie lediglich die Voraussetzungen für ihr Handeln unzutreffend beurteilt; a.A. Hitzler, GRUR 1982, S. 475 ff.

in jeglicher Hinsicht und Beziehung, ohne daß es dabei auf die dem entsprechenden Handeln zugrundeliegende Motivation ankommt, nur dem öffentlichen Recht zu unterstellen.

cc) Gänzlich anders stellt sich die Ausgangslage bei einer kartellrechtlichen Betrachtung des privatrechtlichen, marktrelevanten Handelns der öffentlichen Hand dar. Soweit man nicht die Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Hand als solche generell verneint, scheint es nahe zu liegen, diese Betätigungen dem GWB zu unterwerfen. Von der Rechtsform des Handelns besteht jedenfalls insoweit kein Unterschied mehr zwischen öffentlicher Hand und Privatrechtssubjekten; beide verwenden dasselbe Recht zur Gestaltung ihrer Beziehungen nach außen. Fest steht außerdem, daß das GWB auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen grundsätzlich anwendbar ist. Fraglich ist allerdings, ob sich allein aus der Tatsache, daß die öffentliche Hand bei ihrer Betätigung sich des Privatrechts bedient, generell die Anwendbarkeit des GWB auf diese Handlung die Folge ist. Erheblich wird hier die Definition des Unternehmensbegriffs, nach der ein Handeln nicht schon dann unternehmerisch ist, wenn es Privatrechtsqualität aufweist, sondern dann, wenn es sich um eine Betätigung im geschäftlichen Verkehr handelt¹²⁵. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr kann nur dann angenommen werden, wenn sich ein Marktteilnehmer des Wettbewerbsmechanismus bedient, um die für ihn vorteilhafteste Form der Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu erreichen¹²⁶; das GWB hat dabei die

125) So bereits die Begründung zum Entwurf des GWB, a.a.O. (FN 33), S. 31.

126) Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108.

Funktion, bestimmte, von ihm mißbilligte Handlungen - Wettbewerbsbeschränkungen - zu kontrollieren und gegebenenfalls zu verhüten. Unternehmerisches Handeln liegt demnach nur vor bei Handeln in privatrechtlichen Rechtsformen, das wirtschaftliche Zwecke zum Bezugspunkt hat. Fraglich ist, ob unter diesem Blickwinkel jede privatrechtliche Tätigkeit der öffentlichen Hand, die sich auf dem Markt auswirkt, als unternehmerisch bezeichnet werden muß. Bedenklich ist dies insbesondere im Hinblick auf die verschiedenartigen Beweggründe, die einem solchen Handeln zugrunde liegen können¹²⁷. In Betracht kommen hier insbesondere drei Bereiche. Es handelt sich hier um den erwerbswirtschaftlichen Bereich der öffentlichen Hand, den Bereich des Beschaffungswesens (fiskalische Hilfsgeschäfte) und um den Bereich der Leistungsverwaltung in Privatrechtsform.

Im erwerbswirtschaftlichen Bereich nimmt die öffentliche Hand wie ein privater Unternehmer am Wirtschaftsleben teil. In Betracht kommen hier insbesondere Bergbaubetriebe, Banken sowie Anteile an Wirtschaftsunternehmen. Der Art nach erfolgen die Betätigungen auf diesem Sektor nach wirtschaftlichen Grundsätzen, ihr vorrangiges Ziel ist demnach nicht, nach sozialen Kriterien Leistungen zu verteilen, sondern, Gewinne zu erzielen¹²⁸.

127) S. dazu Burmeister, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriege-sellschaft, S. 623 ff. - S. 630.

128) Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 90; kritisch demgegenüber unter Hinweis auf die nicht-fiskalische Zielsetzung bei der Gründung vieler bedeutender staatlicher Wirtschaftsunternehmen Rübner, a.a.O. (FN 105), S. 178 ff.

Auch die fiskalischen Hilfsgeschäfte weisen äußerlich keinen wesentlichen Unterschied zu Bedarfsdeckungsgeschäften privater Unternehmer auf. Auch hier bedient sich die öffentliche Hand der Privatrechtsform, vertragsrechtlich kommen insbesondere der Abschluß von Miet-, Kauf- und Werkverträgen zur Anwendung. Immerhin aber weisen die Betätigungen in diesem Bereich keinen Eigenzweck marktwirtschaftlicher Prägung auf, sondern dienen der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben¹²⁹.

Auch der dritte Bereich staatlicher Wirksamkeit in Privatrechtsform - die Leistungsverwaltung - weist bei einer oberflächlichen Betrachtung keine Unterschiede zu wirtschaftlichen Betätigungen privater Unternehmer auf. Auch hier schließt die öffentliche Hand privatrechtliche Verträge, maßgebend ist in erster Linie das Privatrecht. Wendet man jedoch den Blick weg von der äußeren Form der vertraglichen Beziehungen hin zu einer Betrachtung der zugrundeliegenden Beweggründe dieser Betätigungen, so ergeben sich gravierende Besonderheiten insbesondere zum Bereich der Erwerbswirtschaft aber auch der Beschaffungstätigkeit. Der Bereich der Leistungsverwaltung ist diesen gegenüber nicht von der Absicht geprägt, Gewinne zu erzielen bzw. mittelbar der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben zu dienen, sondern durch die Erledigung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben. Absolut vorrangi-

129) S. dazu sowie umfassend zum Begriff der Bedarfsdeckungsgeschäfte Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 202 ff. m.w.N.

ge Funktion ist hierbei also die Befriedigung des öffentlichen Interesses unabhängig von wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei jedoch ganz deutlich herausgestellt, daß es der öffentlichen Hand keineswegs verwehrt sein kann, für ihre Leistungen auch Gegenleistungen zu empfangen. Die öffentliche Hand ist nicht darauf verwiesen, in diesem Bereich nur finanzielle Verluste hinzunehmen¹³⁰, denn dies läge nicht im öffentlichen Interesse. Andererseits ist für die Betätigung auf diesem Sektor keineswegs die Absicht der Gewinnerzielung wesensprägend¹³¹. Die Art und Weise der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Leistungsverwaltung erweist sich damit als mit den Grundprinzipien marktwirtschaftlichen Handelns, d.h. der Ausnutzung des Wettbewerbsmechanismus als unvereinbar. Dies ergibt sich allerdings nicht aus der dabei fehlenden Gewinnerzielungsabsicht, sondern bereits daraus, daß die öffentliche Hand mit ihrem Handeln unmittelbar Verwaltungsziele verfolgt, die die gesamte Art der Betätigung prägen. Zu erörtern bleibt, ob bereits diese Motivation des Handelns ausreichend ist, eine Anwendung des GWB auszuschließen. Von der ganz überwiegenden Meinung wird dies verneint¹³². Begründet wird diese ablehnende Haltung, daß die öffentliche Hand sich derselben Handlungsformen bediene wie jedes wirtschaftende Privatsubjekt. Außer-

130) RUFNER, a.a.O. (FN 105), S. 148.

131) S. dazu RUFNER, a.a.O. (FN 105), S. 140;
KÖTTGEN, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 577 ff. - S. 593.

132) S. dazu die in FN 102 Genannten.

dem sei für die Erfüllung der Unternehmenseigenschaft im Sinn des GWB nicht die Absicht der Gewinnerzielung erforderlich. Generell sei auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben inhaltlich viel zu unbestimmt, um daraus rechtliche Schlußfolgerungen ziehen zu können¹³³.

Diesen Argumenten kann zunächst entgegengehalten werden, daß jedenfalls die fehlende Gewinnerzielungsabsicht nicht das wesentliche Element der Leistungsverwaltung ist. Andererseits trifft allerdings zu, daß die äußere Erscheinungsform des Handelns eine Anwendung des GWB nahelegt. Das GWB wäre dann einschlägig, wenn es sich bei diesen Betätigungen um wirtschaftliche Vorgänge handelte, denn das GWB dient der "Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft"¹³⁴. Dies ist jedoch im Bereich der Leistungsverwaltung nicht der Fall. Die öffentliche Hand handelt hierbei nicht im marktwirtschaftlichen Sinn eines Ausgleichs von Angebot und Nachfrage durch Ausnutzung des Wettbewerbsmechanismus. Sie handelt vielmehr ausschließlich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, diese stellen eine vorgegebene Leitlinie¹³⁵ dar, die die Leistungsverwaltung aus dem Bereich der sonstigen wirtschaftlichen Vorgänge heraushebt.

133) So z.B. Emmerich, a.a.O. (FN 38), S. 262; Hedrich, Die Verträge zwischen den Gemeinden (Gemeindeverbänden, Kreisen) und den Elektrizitätsgesellschaften über Stromversorgung, S. 46 f.

134) Begründung zum Entwurf des GWB, a.a.O. (FN 33), S. 21.

135) Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108; s. dazu auch in einem obiter dictum zu kommunalen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen BVerfGE 22, S. 28 ff. - S. 38.

Diese Betrachtung hat zur Folge, daß der Leistungsverwaltung nicht die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinn des GWB beigemessen werden kann. Bereits v. Köhler¹³⁶ hat darauf hingewiesen, daß es nicht angehen könne, dem GWB einen funktionalen Unternehmensbegriff zugrunde zu legen, letztlich aber doch nicht alle Funktionen zu berücksichtigen, die feststellbar sind, sondern eine eindimensionale Betrachtung unter Selektion der wirtschaftlichen Gesichtspunkte vorzunehmen. Wenn der Unternehmensbegriff des GWB funktional gesehen wird, so unterfallen ihm damit nicht Betätigungen, die ihrer Funktion nach nicht-wirtschaftlicher Art sind. Soweit also die öffentliche Hand bei ihren Betätigungen unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt, ist das GWB darauf nicht anwendbar.

Der Begriff der öffentlichen Aufgabe ist entscheidend durch die Verpflichtung der kommunalen Gebietskörperschaften, das Wohl ihrer Einwohner zu fördern, bestimmt. Welche Aufgaben darunter zu verstehen sind, beurteilt sich vorrangig nach den entsprechenden gesetzlichen Zuweisungen, im Fall der kommunalen Gebietskörperschaften also nach den Bestimmungen der Gemeindeordnungen über Pflichtaufgaben und freiwillige Aufgaben. In Ermangelung konkreter Zuweisungen ist auf gemeindliche Organisationsentscheidungen oder allgemein auf das Abhängigkeitsverhältnis der Gemeindeglieder von daseinsvorsorgerischen Leistungen der Gemeinde abzustellen¹³⁷. In bezug auf letzteres ist von Bedeu-

136) DVBl. 1964, S. 214 ff. - S. 217.

137) S. dazu insgesamt die Darstellung bei Bartlperger, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, S. 65 m.w.N.

tung, daß die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie den Gemeinden nicht nur einen quasi "staatsfreien" Raum sichert, sondern auch eine Verantwortung für die Gemeindeeinwohner bedeutet.

Es kann insbesondere keine Rede davon sein, daß ein übereinstimmendes äußeres Erscheinungsbild bei der Betätigung eines privaten Unternehmens einerseits und der öffentlichen Hand andererseits zwingend dieselbe rechtliche Bewertung dieser Tätigkeiten in jeder Hinsicht nach sich ziehen müßte. Eine solche Betrachtung übersähe völlig die ganz grundsätzlichen Verschiedenheiten zwischen privatwirtschaftlicher Tätigkeit und öffentlicher Leistungsverwaltung. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, daß die private Unternehmertätigkeit ganz überwiegend von der Verfolgung eigener Interessen, d.h. in der Regel der Absicht, Gewinn zu erzielen, geprägt ist. Selbst dann, wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann und wird es kein privatwirtschaftliches Unternehmen auf sich nehmen, auf die Dauer Verluste hinzunehmen. Es wird dann nach seinem eigenen Gutdünken seine Betätigungen einstellen oder auf Bereiche beschränken, die noch in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen geführt werden können. Für den Bereich des privaten Unternehmertums läßt sich damit feststellen, daß dieses seine Entscheidungen nach eigener Maßgabe trifft und auch nur sich selbst verantwortlich ist¹³⁸.

138) Dies ist die Folge der von Verfassungen wegen garantierten Privatautonomie. Dazu, daß für die öffentliche Verwaltung nicht der dadurch erzeugte "rechtsleere Raum subjektiven Beliebens" gilt, sondern die durchgängige Bindung an die Gesetze Rübner, a.a.O. (FN 105), S. 387.

Ganz anders stellen sich demgegenüber die Verhältnisse im Bereich der Leistungsverwaltung dar. Zweck der Leistungsdarbietung ist nicht die Befriedigung der Interessen der öffentlichen Hand, sondern derjenigen der Allgemeinheit. Die öffentliche Hand ist nicht frei in ihrer Entscheidung, wann und wie sie handeln möchte¹³⁹. Diese Entscheidung orientiert sich vielmehr an objektiven Kriterien, nämlich dem Bedürfnis der Allgemeinheit¹⁴⁰. Solange dieses besteht, ist die öffentliche Hand kraft des sozialstaatlichen Auftrags verpflichtet, Leistungen darzubieten¹⁴¹. Sie kann nicht wegen finanzieller Schwierigkeiten die Leistungserbringung ohne weiteres einstellen oder auf lukrative Tätigkeitsbereiche beschränken¹⁴². Stellt man diese beiden Betrachtungsweisen nebeneinander, so erweist sich, daß äußerlich identische Handlungen jeweils völlig verschiedenen Zwecken dienen können und auch deren nähere Modalitäten anderen Beurteilungskri-

139) S. dazu Badura, in: Festschrift für Schlochauer zum 75. Geburtstag, S. 3 ff. - S. 6; dazu, daß das Handeln der Verwaltung wegen der ihr nicht zustehenden Privatautonomie stets einer besonderen kompetenziellen Rechtfertigung bedarf s. Ehlers, a.a.O. (FN 90). S. 87 sowie BVerfGE 61, S. 82 ff. = DVBl. 1982, S. 940 ff.

140) Burmeister, a.a.O. (FN 127), S. 647.

141) Vgl. dazu bereits oben S. 11 ff.; speziell zur Pflichtigkeit von Gemeinden anhand einer Wertung des Wesens der Selbstverwaltungsgarantie Stern/Püttner, die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität -, S. 153; s. dazu auch Wolff, AfK 1963, S. 147 ff. - S. 174; Burmeister, a.a.O. (FN 127), S. 648.

142) Speziell zu den Unterschieden zwischen kommunaler und privater Wirtschaft Hidién, Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und "öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, S. 220; s. außerdem Wolff, a.a.O. (FN 141), S. 167; Burmeister, a.a.O. (FN 127), S. 647; Püttner, ZöGU 1980, S. 27 ff. - S. 32 f.

terien unterworfen sind, abhängig davon, ob die öffentliche Hand oder ein privates Unternehmen tätig wird¹⁴³. Es kann deshalb nicht angehen, privatwirtschaftliche Betätigung und Leistungsverwaltung in Privatrechtsform ihrer Rechtsnatur nach gleich zu behandeln¹⁴⁴. Eine solche Auffassung würde in fundamentaler Weise das Wesen der Leistungsverwaltung verkennen, deren Aufgabe es ist, vorgegebene öffentliche Zwecke zu verfolgen und damit zwar marktrelevant tätig werden kann, aber nicht im geschäftlichen Verkehr im Sinn des GWB.

Folge dieser Beurteilung ist, daß die privatrechtlichen Betätigungen der Leistungsverwaltung nicht dem Anwendungsbereich des GWB unterfallen¹⁴⁵.

Dies bedeutet allerdings nicht, daß die leistende Verwaltung sich im rechtsfreien Raum vollzöge.

Auch die Leistungsverwaltung ist in ihrer sozialstaatlichen Funktion an die Grundsätze des Rechts-

143) S. dazu v. Köhler, DVBl. 1964, S. 214 ff. - S. 219: "Wenn zwei dasselbe tun, ist es eben nicht immer dasselbe." In diesem Sinn auch Schmude, a.a.O. (FN 30), S. 154 ff; Siedentopf, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, S. 68.

144) Insoweit sehr dezidiert Burmeister, a.a.O. (FN 127), S. 638, zur Unzulässigkeit der Gleichsetzung der Rechtsform des Handelns mit dessen Rechtsqualität.

145) So auch Püttner, a.a.O. (FN 77); Schmidt/Huth, a.a.O. (FN 36), S. 1108; Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 11; ders., Der Staat als Auftraggeber, S. 28; Fröhler, Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für ein Verbot des Werbefernsehens durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, S. 13; ders., Werbefernsehen und Pressefreiheit, S. 30 f.; Schwarz, a.a.O. (FN 35), S. 204 ff.

staats gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Demgemäß bindet Art. 1 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt ungeachtet der Form ihres Tätigwerdens an die Grundrechte¹⁴⁶. Die öffentliche Hand genießt damit bei der Leistungsverwaltung nicht die Privatautonomie sonstiger Rechtsträger, für sie gilt ein besonderes Verwaltungsprivatrecht¹⁴⁷, das wesentlich durch die Beachtung der Schranken der Grundrechte geprägt ist. Ganz besondere Bedeutung beanspruchen hier die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit, die durch Art. 14 GG gewährleistete Eigentumsgarantie sowie das Willkürverbot des Art. 3 GG¹⁴⁸.

4. Die Organisation der gemeindlichen Aufgabenerfüllung in ihren wettbewerbsrechtlichen Bezügen

Der Frage, ob Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen als Unternehmen dem Anwendungsbereich des GWB unterfallen, wurde bislang anhand einer Erörterung der kartellrechtlichen Bedeutung von Betätigungen der leistenden Verwaltung nachgegangen¹⁴⁹. Behandelt wurden insbesondere der Einfluß der Rechtsform¹⁵⁰ sowie der (öffentlichen) Zwecksetzung¹⁵¹ auf die kar-

146) Dazu umfangreich mit einer Erörterung des Meinungsstandes Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 212 ff.; s. auch Stern/Burmeister, a.a.O. (FN 106), S. 71.

147) S. dazu Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23 II b; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 ff.; Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 ff.

148) S. dazu bereits oben S. 89 ff.

149) S. oben S. 167 ff.

150) Oben S. 178 ff.

151) Oben S. 188 ff.

tellrechtliche Qualifikation des jeweils zur Beurteilung anstehenden Handelns der öffentlichen Hand. Bei einer solchen Betrachtungsweise darf nicht aus dem Blickfeld geraten, daß der Abschluß von Konzessionsverträgen sich aus gemeindlicher Sicht nicht nur als Verwaltung mit Leistungsfunktion gegenüber der Allgemeinheit, sondern auch als Organisation der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung auf dem Gebiet der örtlichen Energieversorgung darstellt¹⁵². Auch dieser Aspekt der gemeindlichen Kompetenzausübung ist auf seine kartellrechtliche Erheblichkeit zu untersuchen.

- a) Die Organisation gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit wurde bisher in Rechtsprechung und Literatur weniger im Hinblick auf die Reglementierungen des GWB als vielmehr auf diejenigen des UWG unter dem Gesichtspunkt behandelt, inwieweit die öffentliche Hand zulässigerweise zu privaten Mitbewerbern in Konkurrenz treten darf¹⁵³. Von Bedeutung ist dabei insbesondere die Vorschrift des § 1 UWG, durch die Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs sanktioniert werden, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen. Obgleich der Anwendungsbereich des UWG an sich im Bereich konkreter, einzelner Wettbewerbsverstöße, also dem "Wie" einer Betätigung angesiedelt ist¹⁵⁴, wird in Einzelfällen auch die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit, also das "Ob" nach dem UWG beurteilt¹⁵⁵. Für die Kartellrechtliche Einordnung der

152) S. dazu oben S. 84 ff.

153) Dazu Ulmer, ZHR 146, S. 466 ff. - S. 502.

154) Ulmer, a.a.O. (FN 153), S. 494 m.w.N.

155) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rdnr. 735; s. dazu insbesondere auch die Urteile des BGH, GRUR 1964, S. 210 ff.; GRUR 1962, S. 159 ff.; GRUR 1965, S. 373 ff. sowie GRUR 1982, S. 425 ff., auf die sogleich näher eingegangen wird.

gemeindlichen Konzessionsverträge kann eine solche Beurteilung deshalb fruchtbar gemacht werden, weil zwischen dem persönlichen Anwendungsbereich des UWG und demjenigen des GWB keine signifikanten Unterschiede bestehen¹⁵⁶. Unterfällt eine Handlung dem Anwendungsbereich des UWG, ist kein Grund dafür ersichtlich, sie nicht auch als unternehmerisch im Sinn des GWB zu qualifizieren¹⁵⁷.

- b) Die Rechtsprechung des BGH zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Aufnahme von wirtschaftlichen Tätigkeiten durch die öffentliche Hand¹⁵⁸ ist durch eine Kontinuität im Ergebnis der Rechtsfindung gekennzeichnet. So entschied der BGH bereits im Jahre 1963, daß die Beteiligung einer Landwirtschaftskammer an einer privaten Gesellschaft für Werbung und Ausstellung der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte anhand der durch das UWG gesetzten Maßstäbe unterliegt¹⁵⁹. Der BGH hielt es dabei für irrelevant, daß die Landwirtschaftskammer durch ihren Beitritt zur genannten Gesellschaft eine Betätigung aufnahm, die sogar in das Gebiet ihrer Pflichtauf-

156) Ulmer, a.a.O. (FN 153), S. 475.

157) Zum Verhältnis des GWB zum UWG s. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (FN 155), Allg., Rdnr. 89 f.

158) Im Rahmen dieser Untersuchung wird nur darauf eingegangen. Einzeltatbestände eines unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand nach Aufnahme ihrer Betätigungen bleiben außer Betracht. Zu letzteren s. die Zusammenstellung bei Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 168 ff.

159) BGH, GRUR 1964, S. 210 ff.; s. dazu die zustimmende Anmerkung von Reimer, GRUR 1964, S. 213 ff., sowie ablehnend Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 373; ders., GRUR 1964, S. 359 ff. - S. 361; Emmerich, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 65.

gaben fiel. Er stellte vielmehr entscheidend darauf ab, daß die Landwirtschaftskammer auf bürgerlich-rechtlichem Wege Gesellschafterin geworden sei und als solche Wettbewerbern der Gesellschaft auf den Boden der Gleichordnung gegenüberstehe. Damit stehe fest, daß sie in dieser Beziehung den Vorschriften des UWG unterliege¹⁶⁰.

Den "Blockeis"-Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1961 und 1965¹⁶¹ lag zugrunde, daß eine Gemeinde im Rahmen ihres als Anstalt des öffentlichen Rechts geführten Schlachthofes eine Blockeis-Erzeugungsanlage unterhielt, aus der sie Eis auch an andere als Benutzer des Schlachthofs abgab. Dagegen wandte sich ein privater Konkurrent. Zur Frage des Rechtswegs führte der BGH aus, daß zur Streitentscheidung die ordentlichen Gerichte berufen seien, weil das Benutzerverhältnis bei der Abgabe von Eis bürgerlich-rechtlicher Art sei und außerdem kein hoheitliche Betätigungen kennzeichnendes Unterwerfungsverhältnis bestehe¹⁶². Bei der Wettbewerbswidrigkeit des beanstandeten gemeindlichen Handelns vertrat der BGH die Meinung, daß ein Verstoß gegen § 1 UWG gegeben sei¹⁶³. Der BGH begründete dies da-

160) A.a.O. (FN 159), S. 211.

161) GRUR 1962, S. 159 ff. und GRUR 1965, S. 373 ff.; s. dazu Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 108; Ulmer, a.a.O. (FN 153), S. 498 m.w.N.

162) So in der "Blockeis I"-Entscheidung, GRUR 1962, S. 159 ff. - S. 160.

163) So in der "Blockeis II"-Entscheidung, GRUR 1965, S. 373 ff.; s. dazu die Anmerkung von v. Falck, GRUR 1965, S. 375 f.; Vollmar, Rechtsweg und Maßstab für Klagen gegen die öffentliche Hand wegen Wettbewerbsverstößen, S. 130 ff.

mit, daß sich die Gemeinde vorsätzlich und andauernd über die private Mitbewerber schützende Vorschrift des Art. 69 NRWGO¹⁶⁴ hinweggesetzt habe, obwohl bereits eine Beanstandung der Aufsichtsbehörde vorlag und der Bürgermeister die verlangte Einstellung des Eisverkaufs mehrmals verbindlich zugesagt hatte.

Aus jüngerer Zeit ist ein Urteil des BGH erwähnenswert, in dem er über die Zulässigkeit der Unterhaltung von Selbstabgabestellen für Brillen durch eine gesetzliche Krankenkasse zugunsten ihrer Mitglieder zu befinden hatte¹⁶⁵. In Anlehnung an zwei grundlegende Urteile aus dem Jahre 1976¹⁶⁶ hielt der BGH den ordentlichen Rechtsweg für eröffnet, weil die Krankenkasse zu den klagenden Augenoptikern in einem Wettbewerbsverhältnis stehe, das sich nach bürgerlichem Recht beurteile. Es sei dabei unerheblich, daß mit einem Verbot der Abgabestellen in die hoheitliche Tätigkeit der Krankenkasse eingegriffen werde, weil die Abgabe von Brillen an Versicherte gleichzeitig wettbewerbliche Auswirkungen auf die Optiker zur Folge habe. Auch ein Verwaltungsträger habe bei seinem Verwaltungshandeln die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beachten. Es könnten dabei von einem ordentlichen Gericht, "dem

164) Diese Vorschrift regelte die Voraussetzungen für die Errichtung und Erweiterung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen. Ihr entspricht der heutige § 88 der NRWGO i.d.F. der Bekanntmachung vom 13.8.1984 (GVBl. S. 475).

165) GRUR 1982, S. 425 ff.; s. dazu Ehlers, a.a.O. (FN 90), S. 108; Ulmer, a.a.O. (FN 153), S. 499 f.

166) BGHZ 66, S. 229 ff.; BGHZ 67, S. 81 ff.; s. dazu näher S. 197 ff.

an sich ein Eingriff in hoheitliche Handlungen versagt ist, auch solche Entscheidungen getroffen werden, die der Sache nach nicht nur auf das Verbot von Wettbewerbsmaßnahmen hinauslaufen, sondern - wegen der privatrechtlichen Auswirkungen des beanstandeten Verwaltungshandelns - auch den öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich des Verwaltungsträgers berühren".

Faßt man die Rechtsprechung des BGH zusammen, so muß festgestellt werden, daß sich danach die Ausgestaltung der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe durch die öffentliche Hand nicht (allein) nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Reglementierungen beurteilt. Soweit Dritte bereits in derselben Weise wie der betreffende Verwaltungsträger wirtschaftlich sind, können jene auch Verwaltungshandeln durch die ordentlichen Gerichte anhand der Vorschriften des UWG überprüfen lassen. Nach der Rechtsprechung des BGH erweist sich damit das Wettbewerbsrecht als gesetzliche Beschränkung für Tätigkeiten der öffentlichen Hand zur Organisation der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben.

- c) Ohne bereits auf die Stichhaltigkeit der Judikatur des BGH eingehen zu wollen, erscheint zunächst der Hinweis geboten, daß andere Gerichte bei einer ähnlich gelagerten rechtlichen Problematik zu Entscheidungen gelangten, die denen des BGH diametral entgegengesetzt sind.

So entschied der Gerichtshof für Kompetenzkonflikte beim Bayerischen Obersten Landesgericht im Jahre 1974¹⁶⁷, daß für eine Klage von Wettbewerbern einer

167) DÖV 1975, S. 394 ff. mit Anmerkung Püttner.

Gemeinde in bezug auf die Zulässigkeit einer gemeindlichen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit ausschließ-lich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei¹⁶⁸. Bemerkenswerterweise konnte das Gericht für diese Rechtsansicht sogar auf eine Entscheidung des BGH aus demselben Jahr zurückgreifen¹⁶⁹. Anlässlich einer Beurteilung der Zulässigkeit des Verkaufs von Kfz-Kennzeichen durch die Kfz-Zulassungsstelle eines Landkreises hatte der BGH die Ansicht vertreten, "es sei eine ... wirtschaftspolitische Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt oder zu setzen seien; die Lösung dieser Frage sei Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle und für die Gemeinden und Kreise ggf. der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte, insbesondere nicht der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Prüfung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb". Diese Beurteilung greife auch dann Platz, wenn die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand durch besondere Vorschriften eingeschränkt sei, wie z.B. durch die einschlägigen Bestimmungen des Gemeindegewirtschaftsrechts der Länder¹⁷⁰.

Die Entscheidung des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte beim Bayerischen Obersten Landesgericht liegt ganz auf der Linie eines Urteils des Bundes-

168) Gegensätzlich dazu bei einem ganz ähnlich gelagerten Sachverhalt OLG Stuttgart, WRP 1984, S. 440 ff. - S. 441; s. in dem Zusammenhang bereits Püttner, GRUR 1964, S. 359 ff. - S. 362.

169) DÖV 1974, S. 785 mit Anmerkung Püttner; s. dazu auch Hidien, GewArch 1983, S. 177 ff. - S. 180.

170) S. dazu Einleitung FN 18.

verwaltungsgerichts aus dem Jahre 1972¹⁷¹. Diesem lag zugrunde, daß der Kläger, ein privates Bestattungsunternehmen, beanstandete, daß die beklagte Gemeinde dem Bestattungsordner, der nach der gemeindlichen Bestattungs- und Friedhofsordnung bei jeder Bestattung in Anspruch genommen werden mußte, auch den Verkauf von Bestattungsartikeln übertragen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht ging ausdrücklich darauf ein, daß in bezug auf die wirtschaftliche Betätigung des Bestattungsordners ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Im Gegensatz zum BGH¹⁷² vertrat es aber die Meinung, dieses mache den Rechtsstreit nicht zu einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit. Begehrt werde nämlich die Änderung der gemeindlichen Behördenorganisation, also eine hoheitliche Maßnahme. Es handele sich deshalb um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, die durch die Verwaltungsgerichte anhand der Normen des Gemeindefriedhofsrechts zu entscheiden sei¹⁷³.

Auf derselben Problemsicht wie die genannten Entscheidungen des BayObLG und des BVerwG basiert ein Urteil des BayVGH aus dem Jahre 1976¹⁷⁴. Es ging hierbei um die Frage des Anspruchs eines gewerblichen Wohnungsvermittlers gegen eine Gemeinde, die

171) BVerwGE 39, S. 329 ff.; ablehnend dazu Ulmer, a.a.O. (FN 153), S. 470 f.; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (FN 155), Allg., Rdnr. 167.

172) S. oben S. 199.

173) A.a.O. (FN 171), S. 331.

174) BayVBl 1976, S. 628. Die gegen dieses Urteil erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BGH, NJW 1978, S. 1539 f., zurückgewiesen. Vgl. insgesamt dazu Vollmar, a.a.O. (FN 163), S. 138 f.

von dieser betriebene kommunale Wohnungsvermittlung zu unterlassen. Der BayVGH hielt nicht die Rechtsnatur des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses für maßgeblich. Er sah vielmehr als entscheidendes Kriterium an, daß es bei der Streitigkeit um die Auslegung der Anwendung des Art. 89 Abs. 3 S. 3 BayGO¹⁷⁵, eine öffentlich-rechtliche Norm gehe. Demzufolge handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art, für die gemäß § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei. Der ordentliche Rechtsweg sei bereits deshalb verschlossen, weil sich die Klage nicht im Sinn des § 1 UWG gegen Wettbewerbsmethoden der beklagten Gemeinde wende.

- d) Zusammenfassend kann zur Rechtsprechung hinsichtlich der Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit nur festgestellt werden, daß diese ein sehr uneinheitliches Bild aufweist. Während der BGH bei seiner rechtlichen Beurteilung weitgehend an ein bürgerlich-rechtliches Wettbewerbsverhältnis zwischen öffentlicher Hand und privaten Mitbewerbern anknüpft und dieses anhand der Maßstabnormen des UWG bewertet, wird von anderer Seite von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ausgegangen, das sich im Fall der im Rahmen dieser Untersuchung maßgeblichen Betätigungen von Gemeinden nach den Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts bemißt. Allein letztere Auffassung kann Gültigkeit beanspruchen. Die Rechtsprechung des BGH begegnet den-

175) Nach dieser Vorschrift können Gemeinden, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichend Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, mit Genehmigung der zuständigen Regierung Wohnungen vermitteln.

selben Bedenken wie sie schon an anderer Stelle bei der Erörterung der beiden bekannten Entscheidungen des Großen Senats des BGH aus dem Jahre 1976¹⁷⁶ geäußert wurden¹⁷⁷. Bereits dort wurde ausgeführt, daß eine Betrachtungsweise, die im Ergebnis dazu führen kann, hoheitliche Betätigungen der öffentlichen Hand am Maßstab der privatrechtlichen Normen des Wettbewerbsrechts zu messen, nicht zutreffen kann. Dies gilt in verstärktem Maße für die Beurteilung der Aufnahme einer Tätigkeit durch die öffentliche Hand, weil dabei nicht nur die Zulässigkeit einzelner Betätigungen der öffentlichen Hand betroffen ist, sondern die Tätigkeit als solche. Im Fall der kommunalen Gebietskörperschaften sind allein ausschlaggebend die Wertmaßstäbe des Sozialstaatsgedankens, das verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltungsrecht sowie auf einfachgesetzlicher Ebene die Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts als Ordnungsrahmen für die Errichtung gemeindegewirtschaftlicher Unternehmen. Soweit den Anforderungen, die sich daraus ergeben Genüge getan ist, bleibt die Anwendung des Wettbewerbsrechts außer Betracht. Dies beansprucht auch für den entgegengesetzten Fall Gültigkeit. Hierbei ist allerdings die in Frage stehende gemeindliche Betätigung im Weg der Kommunalaufsicht beanstandbar. Wohin eine andere Auffassung führen kann, zeigen exemplarisch die angeführten "Blockeis"-Entscheidungen des BGH, bei denen ein Verstoß gegen die nicht die private Konkurrenz schützenden Vorschriften des Gemeindegewirtschafts-

176) BGHZ 66, S. 229 ff.; BGHZ 67, S. 81 ff.

177) S. dazu oben S. 181.

rechts¹⁷⁸ einen Unterlassungsanspruch des privaten Mitbewerbers begründete.

Die vorstehenden Überlegungen besitzen ohne weiteres auch im Bereich kartellrechtlicher Fragestellungen Gültigkeit. Da die Organisation gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit nicht geschäftlicher Art im Sinn des UWG ist, steht damit auch ihre Qualifikation als nicht unternehmerisch im Sinn des GWB fest. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Gemeinde sich eigenwirtschaftlich betätigt, sich an einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft beteiligt oder in anderer Weise tätig wird. Für ein Eingreifen der Kartellaufsicht z.B. aufgrund des Mißbrauchs einer marktherrschenden Stellung gemäß § 26 Abs. 2 GWB oder für einen Unterlassungsanspruch nach § 26 Abs. 2 GWB ist damit von vorneherein kein Platz.

5. Die Konzessionsverträge als Gestaltungsmittel gemeindlicher Leistungsverwaltung in kartellrechtlicher Sicht

Die kartellrechtliche Beurteilung des rechtlich relevanten Verhaltens von Gemeinden in bezug auf den Abschluß von Konzessionsverträgen mit Energieversorgungsunternehmen hat stets bei der Fragestellung anzusetzen, ob diese Betätigungen als unternehmerisch im Sinne des GWB qualifiziert werden können oder nicht, denn den Rechtsregeln des GWB sind grundsätzlich nur Unternehmen unterworfen¹⁷⁹. Im wesentlichen orientiert sich die Beantwortung dieser Frage danach,

178) Die Bestimmungen des Gemeindevirtschaftsrechts haben nach h.M. keinen Schutzgesetzcharakter zugunsten privater Konkurrenzunternehmen, s. dazu Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze-Kommentar, Art. 89 GO, Rdnr. 6 m.w.N., a.A. Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, Rdnr. 266 m.w.N.

179) S. dazu bereits oben S. 142.

ob das zu beurteilende Handeln dem Kriterium der "Teilnahme am geschäftlichen Verkehr" im Sinne der Definition des Unternehmensbegriffs der h.M. unterfällt¹⁸⁰. Dies wird für den Abschluß von Konzessionsverträgen durch Gemeinden überwiegend bejaht. Zur Begründung dafür wird vor allem angeführt, daß die Gestattung der Benutzung der öffentlichen Straßen zur Verlegung von Versorgungsleitungen bzw. der Verzicht auf eine gemeindliche Eigenversorgung eine gemeindliche unternehmerische Leistung darstelle¹⁸¹. Eine solche Sicht der Betrachtung wird jedoch der daseinsvorsorgerischen Funktion der Konzessionsverträge im Gefüge der kommunalen Leistungsverwaltung in keiner Weise gerecht. Sie ist darüber hinaus bereits vom Ansatzpunkt her verfehlt.

- a) Die Ansicht, die Überlassung gemeindlichen Straßeneigentums zum Zwecke der Verlegung von Versorgungsleitungen stelle eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des GWB dar¹⁸², basiert auf der Anschauung, daß die Gemeinden bei diesem Vorgang in Ausübung der Gebrauchsmöglichkeiten ihres Wgeigentums handeln und der Konzessionsvertrag damit insgesamt wesentlich miet- oder pachtvertragsähnliche Elementen-

180) S. dazu oben S. 150 ff.

181) Auf die Ansicht von Fischerhof, a.a.O. (FN 53), Malzer, a.a.O. (FN 54) und Emmerich, a.a.O. (FN 55), soweit diese die Unternehmenseigenschaft der Gemeinden bereits aufgrund deren Erwähnung in § 103 Abs. 1 GWB bejaht, wird nicht näher eingegangen. Die Unhaltbarkeit dieser Betrachtungsweise wurde bereits überzeugend von Niederleithinger, a.a.O. (FN 56) und Büdenbender, a.a.O. (FN 57) nachgewiesen.

182) S. dazu oben S. 159 ff.

te enthalte. Dies führt dazu, daß letztlich die gesamte auf das Zustandekommen eines Konzessionsvertrags gerichtete gemeindliche Tätigkeit als Agieren im marktwirtschaftlichen Geschehen und somit als unternehmerisch im Sinn des GWB bezeichnet wird.

- aa) Bei einer Untersuchung des sachlichen Gehalts dieser Auffassung muß eingeräumt werden, daß die privatrechtliche Form des Vertragsschlusses und insbesondere der gegenseitige Austausch von Leistungen die Anwendung des GWB nahelegen könnte¹⁸³. Es verhält sich zumindest so, daß die Privatrechtsform der betreffenden Vereinbarungen die Anwendbarkeit des GWB nicht von vorneherein ausschließt. Betrachtet man dazu noch den gesamten Vorgang dahingehend, daß einem Energieversorgungsunternehmen für eigene Zwecke vertraglich Nutzungsrechte an gemeindlichen Grundflächen eingeräumt werden und daß die konzessionierende Gemeinde im Gegenzug dafür ein Entgelt enthält, so scheint tatsächlich einiges für die unternehmerische Qualität dieser Betätigungen zu sprechen. Fraglich ist indes, ob eine solche Sicht der Betrachtung zutreffend ist. Es ist nämlich auffällig, daß die meisten Darstellungen¹⁸⁴, bei denen die Anwendbarkeit des GWB auf die hier in Frage stehenden Vorgänge bejaht wird, jeweils den konzessionsvertraglichen Leistungsaustausch weit in den Vordergrund stellen, die gemeindlichen Zwecksetzungen entweder nicht oder als wesentlich fiskalischer Art ansprechen und daß insgesamt kein Unterschied zu Miet- oder Pachtverhält-

183) S. dazu oben S. 186.

184) S. dazu oben S. 156 ff., insbes. S. 162.

nissen von Privatpersonen gesehen wird. Diese Einseitigkeit der Betrachtungsweise mag die Folge des sogenannten funktionalen Unternehmensbegriffs sein, dessen Funktion in bezug auf Handeln der öffentlichen Hand weitgehend darin zu bestehen scheint, diesem jeden kartellrechtlich erheblichen Unterschied gegenüber dem Handeln beliebiger Privatwirtschaftssubjekte abzusprechen. Diese mehr oder weniger eindimensionale kartellrechtliche Art und Weise der Betrachtung kann für sich jedoch nicht in Anspruch nehmen, die allgemeingültige zu sein, sie muß sich vielmehr entgegenhalten lassen - wie es bereits v. Köhler¹⁸⁵ dezidiert ausgedrückt hat -, daß es Grundanliegen einer funktionalen Betrachtungsweise sein müßte, alle feststellbaren Funktionen eines zu beurteilenden Handelns zu berücksichtigen und nicht nur einige in den Vordergrund zu stellen und andere demgegenüber zu verdrängen. Darüber hinaus und in systematischer Hinsicht vorrangig ergeben sich gravierende Bedenken gegen die Anschauung der h.M. daraus, daß sie die Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen als reine Privatrechtssubjekte sieht, die sich von anderen Privatrechtssubjekten nicht unterscheiden bzw. zumindest keine Folgerungen daraus zieht, daß die Gemeinden ein Teil der öffentlichen Hand sind.

- bb) Wie bereits dargestellt¹⁸⁶, spricht vieles dafür, daß aufgrund der abgrenzenden Funktion, die § 98 Abs. 1 GWB innerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs des GWB innehat, die öffentliche Hand als

185) S. dazu oben S. 191.

186) S. dazu oben S. 167 ff.

solche den Bestimmungen des GWB von vorneherein nicht unterfällt. Mißt man der Vorschrift des § 98 Abs. 1 GWB lediglich klarstellende Funktion im Gefüge des GWB zu und hält somit auch die öffentliche Hand als an die Regeln des GWB gebunden, so müßte für die Anwendung des GWB auf das gemeindliche Handeln beim Abschluß eines Konzessionsvertrags zumindest der Nachweis erbracht werden können, daß es sich hierbei um eine marktwirtschaftliche Betätigung handelt, denn dies stellt die Grundvoraussetzung für unternehmerisches Handeln im Sinn des GWB dar.

Dieser Nachweis könnte als erbracht gelten, wenn sich feststellen ließe, daß die Gemeinden in bezug auf den Abschluß von Konzessionsverträgen mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung, d.h. lediglich zur Erzielung von Gewinnen und zur Mehrung ihres Vermögens handelten. Daß dies nicht der Fall sein kann, ergibt sich bereits aus den - rechtsaufsichtlich durchsetzbaren - Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts¹⁸⁷, die keinerlei Legitimationsgrundlage für ein erwerbswirtschaftliches fiskalisches Handeln bereithalten. Es verhält sich im Gegenteil vielmehr so, daß diese Normen¹⁸⁸ übereinstimmend die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden an das Vorhandensein eines diese deckenden öffentlichen Zweckes bindet und damit einer rein gewinnorientierten wirtschaftlichen Entfaltung, wie sie im privatwirtschaftlichen Bereich möglich und auch von Verfassungen wegen abgesichert

187) S. dazu S. 36 ff., sowie die Entscheidung des BayVerfGH, GVBl. 1958, S. 13 ff.

188) Zu deren Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG Stern/Püttner, a.a.O. (FN 141), S. 161.

ist¹⁸⁹, entgegenstehen. Dem entspricht, daß den Gemeinden generell keinerlei Handlungskompetenz für ein beliebiges Auftreten im Privatrechtsverkehr zusteht, sondern sie immer an die Beachtung der Belange des Gemeinwohls gebunden sind¹⁹⁰. Dieser Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, daß die Gemeindeordnungen der Länder das Abwerfen eines Ertrags für den Haushalt durch die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden vorsehen. Diese Bestimmungen berechtigen lediglich zu einer akzidentiiellen Gewinnmitnahme, dispensieren aber keineswegs vom Vorliegen eines öffentlichen Zwecks als Legitimationsgrundlage für das jeweilige gemeindliche Handeln¹⁹¹. Die Bedeutung der einschlägigen gemeindewirtschaftlichen Vorschriften liegt vielmehr darin, daß die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde über die Deckung der entstehenden Kosten hinaus berechtigt sind, im Rahmen der Aufgabenerfüllung in angemessenem Umfang auch zur Verbesserung der kommunalen Haushaltslage beizutragen¹⁹². Sie bilden aber weder einen Freibrief für ein rein erwerbswirtschaftliches Gebaren¹⁹³ noch ein Verbot von defizitär arbeitenden gemeindlichen Unternehmen. Festzuhalten bleibt damit, daß die Bestimmungen in den Gemeindeordnungen, die eine Gewinner-

189) Art. 2, 12, 14 GG.

190) S. dazu Burmeister, a.a.O. (FN 127), S. 646.

191) Masson/Samper, a.a.O. (FN 178), Art. 94 GO, Rdnrn. 3 ff., insoweit stellvertretend für die Auslegung der entsprechenden nichtbayerischen Rechtsnormen.

192) S. dazu Hidien, a.a.O. (FN 142), S. 230 ff. m.w.N.

193) Burmeister, a.a.O. (FN 127); S. 649.

zielung für den Haushalt zum Inhalt haben, nichts an dem Erfordernis einer öffentlichen Zweckbestimmung ändern können.

- cc) Unterzieht man nun die gemeindlichen Zwecksetzungen in bezug auf den Abschluß von Konzessionsverträgen einer Betrachtung und Bewertung, so läßt sich feststellen, daß diese allenfalls entfernte Ähnlichkeiten mit denjenigen des sonstigen marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches aufweisen. Für die Gemeinden stellt sich der Abschluß eines Konzessionsvertrags als eines von mehreren grundsätzlich möglichen Mitteln¹⁹⁴ dar, um ihrer Verantwortung und Verpflichtung¹⁹⁵ gegenüber den Gemeindeeinwohnern im Hinblick auf die öffentliche Energieversorgung gerecht zu werden. Sie üben damit im Weg der Indienstnahme von Energieversorgungsunternehmen ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Kompetenz zur Regelung der Energieversorgung auf ihrem Gebiet aus¹⁹⁶. Es handelt sich deshalb insgesamt um einen Akt der Leistungsverwaltung auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, der mit den Maßstäben und Rechtsregelungen des Wettbewerbsrechts nicht zutreffend erfaßt werden kann. In bezug auf die de lege lata als Ausübung von Eigentumsrechten konstruierte Gestaltung einer Mitbenutzung öffentlicher Straßen zum Zweck der Verlegung von Energieversorgungsleitungen bedeutet dieses Ergebnis zweierlei: Die Auffassung von

194) S. dazu Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 58.

195) S. dazu bereits oben S. 11 ff.

196) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff. - S. 249; Friesenhahn, EltW 1957, S. 12 ff. - S. 13.

der Straße als Verwaltungsleistung¹⁹⁷, die als Mehrzweckinstitut weit mehr Zwecken zu dienen bestimmt ist, als lediglich der Eröffnung und Erhaltung des Gemeingebrauchs, ist gerade in bezug auf die Erfordernisse der öffentlichen Energieversorgung sowohl unter praktischen als auch dogmatischen Gesichtspunkten besser geeignet, die öffentliche Versorgungsfunktion der Straßen in einem umfassenden Sinn als Teil der Leistungsverwaltung zutage treten zu lassen. Es spricht nichts mehr dafür, die Ausübung der gemeindlichen Kompetenzen zur Regelung der Energieversorgung an das gemeindliche bürgerlich-rechtliche Straßeneigentum zu binden. In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zeigt sich, daß bei den Konzessionsverträgen nicht eine marktwirtschaftliche Form der Ausnutzung von Erwerbschancen, die durch das gemeindliche Straßeneigentum begründet sind, vorliegt, sondern daß die Gemeinden ihre öffentlichen Straßen gerade bei der öffentlichen Energieversorgung funktionabel machen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich der örtlichen Energieversorgung. Die Gestattung einer Mitbenutzung der öffentlichen Straßen zugunsten eines Versorgungsunternehmens ist damit der Ausdruck der Erfüllung von Pflichten auf dem Gebiet der Energieversorgung, die den Gemeinden gegenüber ihren Einwohnern obliegen. Die Gemeinden verfolgen damit die Zwecke einer gesicherten, dauerhaften, preiswerten und gleichmäßigen Energieversorgung, die im Wege der Einflußnahme auf das jeweilige Versorgungsunternehmen auch nach Vertragsschluß aufgrund von vertraglichen vereinbarten gemeindlichen Aufsichts- und Mitwirkungsrechten durchgesetzt werden können. Bereits aus

197) S. dazu oben S. 61 ff.

diesem Grund handeln die Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen nicht als Unternehmen im Sinn des GWB.

- b) Soweit die h.M. die Unternehmenseigenschaft der Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen im Zusammenhang mit der Vergabe straßenrechtlicher Benutzungsrechtstitel bzw. der Nichtaufnahme eigener gemeindlicher Versorgungstätigkeit bejaht, begegnet sie über die eben gemachten Ausführungen hinaus ganz grundsätzlichen Bedenken. Es mag aus kartellrechtlicher Sicht zwar naheliegen, die gemeindlichen Konzessionsverträge unter dem Aspekt der Veräußerung von Straßenbenutzungsrechten gegen Entgelt zu sehen. Eine solche Sicht der Betrachtung erfaßt jedoch nur einen kleinen, nicht repräsentativen Ausschnitt des konzessionsvertraglichen Gesamtrahmens. Sie ist als alleiniger Anknüpfungspunkt für die kartellrechtliche Beurteilung in keiner Weise geeignet.

- aa) Die Kommunen schließen Konzessionsverträge nicht vorrangig ab um Gewinne zu erzielen oder um nicht selbst ein Versorgungsunternehmen betreiben zu müssen. Sie verfolgen vielmehr den Zweck, die Versorgung ihres Gebiets mit Energie sicherzustellen. Daß dies bereits ausreichend ist, um das gemeindliche Handeln als nichtunternehmerisch im Sinn des GWB qualifizieren zu können, wurde bereits dargestellt¹⁹⁸. Darüber hinaus ist bei der gemeindlichen Konzessionierung von Energieversorgungsunternehmen noch ein weiterer Gesichtspunkt maßgeblich, der

198) S. dazu oben S. 211.

ebenfalls zur Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts führt.

Wie bereits dargelegt¹⁹⁹, sind die Kommunen durch die Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts nicht gehindert, ein eigenes Versorgungsnetz aufzubauen und zu betreiben. Dies ist die Folge der den Gemeinden aus der grundgesetzlichen Garantie der Selbstverwaltung erwachsenden Kompetenz, die Energieversorgung ihres Gebiets zu regeln. Die Ausübung dieser öffentlichrechtlichen Kompetenz ist materiell eine Verwaltungstätigkeit. Dem gemeindlichen Entschluß zur Eigenversorgung ist hierbei die vertragliche Indienstnahme eines nichtgemeindlichen Versorgungsunternehmens rechtlich vollkommen gleichgestellt. Es handelt sich in beiden Fällen um Organisationsentscheidungen der jeweiligen Gemeinde, durch die sie die Energieversorgung ihres Gebiets regelt. Das jeweils für die Gebietsversorgung konzessionsvertraglich in Dienst genommene Energieversorgungsunternehmen stellt sich hierbei als ein Fall "institutionalisierter Staatlichkeit" dar²⁰⁰.

- bb) Als Folge dieser Betrachtungsweise ergibt sich, daß in organisationsrechtlicher Hinsicht der Abschluß eines Konzessionsvertrags dem in Dienst genommenen Energieversorgungsunternehmen das Recht zur Energieversorgung vermittelt, ohne das es eine Versorgungstätigkeit gar nicht aufneh-

199) S. oben S. 36 ff.

200) S. dazu Bartlsperger, Rechtsgutachten zur Frage einer Ausschreibungspflicht von Gemeinden (Städten) beim Abschluß von Werbenutzungsverträgen, S. 41 m.w.N.

men könnte²⁰¹. Die Ausgestaltung des Konzessionsvertrags im übrigen, also auch die Einräumung von Straßenbenutzungsrechten zur Verlegung von Versorgungsleitungen, ist ein bloßer benutzungsrechtlicher Vollzug der gemeindlichen Organisationsentscheidung, die Versorgung nicht selbst durchzuführen. Die kartellrechtliche Fragestellung, ob Gemeinden beim Abschluß eines Konzessionsvertrags die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinn des GWB beigemessen werden kann, hat deshalb bei der gemeindlichen Entscheidung über die Organisation der örtlichen Energieversorgung anzusetzen. Der straßen- bzw. eigentumsrechtliche Ansatz der h.M. bei der Beurteilung der vorliegenden Problematik erweist sich damit als in ganz grundsätzlicher Weise verfehlt.

- cc) Die konzessionsvertragliche Übertragung der örtlichen Energieversorgung von einer Gemeinde an ein Unternehmen ist ein Vorgang, der nach außerwirtschaftlichen Maßstäben zu beurteilen ist. Es handelt sich nicht um einen Akt gemeindlicher Teilnahme am Markt für Güter und Dienstleistungen, sondern um eine Entscheidung im Bereich der gemeindlichen öffentlichen Verwaltung. Das alleinige Kriterium für die Vergabe des Energieversorgungsrechts ist, ob dadurch die bestmögliche Versorgung des Gemeindegebiets mit Energie sichergestellt werden kann. Kann dies nicht erreicht werden, so ist es der Gemeinde verwehrt, zum Mittel der Konzessionsvergabe zu greifen. In diesem Fall obliegt es ihr, eine eigene Energieversorgung durchzuführen.

201) Bartlsperger, a.a.O. (FN 200), S. 6 f.

Dies alles macht deutlich, daß die gemeindliche Entscheidung für eine Fremdversorgung und die Übertragung des Energieversorgungsrechts an ein Versorgungsunternehmen sowie die Einräumung der erforderlichen straßenrechtlichen Benutzungstitel keine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr ist. Die Gemeinden können deshalb beim Abschluß von Konzessionsverträgen nicht als Unternehmen im Sinn des GWB behandelt werden.

c) Die Unanwendbarkeit der Vorschriften des GWB auf das hier in Frage stehende Handeln der Gemeinden ergibt sich nicht zuletzt auch aus einer verfassungsrechtlichen Interpretation des Anwendungsbereichs des GWB.

aa) Ausgangspunkt der Betrachtung in diesem Zusammenhang ist die bundesstaatliche Kompetenzordnung in bezug auf die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern, die durch Art. 70 ff. GG geregelt ist. Grundlegende Bedeutung beansprucht im Rahmen dieser Bestimmungen die Vorschrift des Art. 70 GG, nach der grundsätzlich den Ländern das Recht der Gesetzgebung zusteht, soweit nicht dem Bund ausdrücklich Gesetzgebungsbefugnisse verliehen sind²⁰². Grundsätzlich spricht damit eine Vermutung für die Zuständigkeit der Länder zur Re-

202) Dies entspricht dem Primat der Länderzuständigkeit des Art. 30 GG, der durch Art. 70 GG für die Gesetzgebung eine spezielle Ausprägung erhalten hat. Bundeskompetenzen zur Gesetzgebung sind deshalb eng auszulegen, s. dazu BVerfGE 26, S. 246 ff. - S. 254; Püttner, BB 1971, S. 881 ff. - S. 882 m.w.N.; a.A. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, § 37 II, 4 c m.w.N.; Emerich, BB 1972, S. 457 ff. - S. 458 m.w.N.

gelung einer Rechtsmaterie, wenn und soweit keine besondere grundgesetzliche Kompetenz des Bundes begründet ist. In Frage kommen hier die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 71, 73 GG), die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 72, 74 GG) und die Rahmenkompetenz des Bundes (Art. 75 GG). Reichweite und Intensität der gesetzgeberischen Befugnisse sind entsprechend den unterschiedlichen Gesetzgebungsarten verschieden: Die in die ausschließliche Kompetenz des Bundes fallenden Angelegenheiten sind einer Regelung durch gesetzgeberische Tätigkeiten der Länder verschlossen, es sei denn, diese seien dazu durch Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt. Die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes schließt damit die Gesetzgebung der Länder prinzipiell aus. Anders verhält es sich im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung: Hierfür sind grundsätzlich die Länder zuständig; der Bund hat allerdings dann das Recht der Gesetzgebung, wenn ein Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung besteht. Im Bereich der Rahmengesetzgebung als dritter Art der Gesetzgebung schließlich steht dem Bund das Gesetzgebungsrecht zu, wenn und soweit eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist. Der Bund verfügt hierbei allerdings nicht über die volle Gesetzgebungszuständigkeit, er darf vielmehr für die zu regelnde Materie nur einen rechtlichen Rahmen aufstellen, der in einer Ausfüllung durch die Ländergesetze zugänglich sein muß.

In gesetzestechnischer Hinsicht regelt das Grundgesetz die Zuweisung der Gegenstände, die in die Zuständigkeit des Bundes im Rahmen seiner ausschließlichen, konkurrierenden oder Rahmengesetzgebung fallen, in der Weise, daß es für jede dieser Gesetzgebungsarten einen Katalog von Rechtsmaterien aufstellt. Für die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder existieren solche Aufzählungen nicht. Dies ist auch nicht erforderlich, weil die Gesetzgebungsbefugnis der Länder umfassend in dem Sinn ist, daß stets die Länder zuständig für die Gesetzgebung sind, wenn nicht Kompetenzen des Bundes ausdrücklich normiert sind.

- bb) Dem Bundesgesetzgeber steht gemäß Art. 74 Nr. 16 GG im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz die Zuständigkeit zu, das Gebiet der "Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung" zu regeln. Er hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht durch das GWB vom 27.7.1957²⁰³. Bei einer verfassungsrechtlichen Betrachtung des Umfangs und der Grenzen des Regelungsbereichs des GWB ist wesentlich auf den Inhalt des Kompetenzthemas des Art. 74 Nr. 16 GG abzustellen: dem Bundesgesetzgeber stehen ausgehend vom Grundsatz der Länderkompetenz (Art. 70 GG) nur im Rahmen der grundgesetzlichen Einzelzuweisung Regelungsbefugnisse zu²⁰⁴. Für das GWB bedeutet dies, daß sein sach-

203) BGBI. I, S. 1081.

204) Abgesehen von Annexkompetenzen und solchen kraft Natur der Sache, s. dazu Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 70 Rdnrn. 45 ff.

licher Gehalt sich von Verfassungen wegen nur auf eine Reglementierung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht bezieht; nichtwirtschaftliche Macht ist damit kein Regelungsgegenstand des GWB. Die konzessionsvertragliche Rechtsstellung der Gemeinden kann damit nur dann vom GWB reglementierbar sein, wenn die Gemeinden in diesem Zusammenhang wirtschaftlich handelten und kein Gegenstand des "Kommunalrechts", das in die Zuständigkeit der Landeskompetenzen fällt, vorliegt.

(1) Art. 74 Nr. 16 GG enthält selbst keine Definition dessen, was unter "wirtschaftlich" zu verstehen ist. Herangezogen werden kann hierbei jedoch die allgemeinere Norm des Art. 74 Nr. 11 GG²⁰⁵, die dem Bund die Vorranggesetzgebung über das "Recht der Wirtschaft", das im beigefügten Klammerzusatz²⁰⁶ näher präzisiert wird, verleiht. Von Belang für die vorliegende Rechtsproblematik ist insbesondere die in diesem Klammerzusatz enthaltene "Energiewirtschaft" als Teil der Wirtschaft im Sinn des Art. 74 Nr. 11 GG. Die Energiewirtschaft ihrerseits findet eine Definition in § 1 Abs. 1 EnWG dahingehend, daß unter ihr die Elektrizitäts- und Gasversorgung zu verstehen sei. Ob diese Definition nun die Kompetenz des Bundes aus Art. 74 Nr. 11 GG zur Regelung der Ener-

205) Zum Verhältnis von Art. 74 Nr. 16 GG zu Art. 74 Nr. 11 GG s. Maunz, a.a.O. (FN 204), Art. 74 Rdnr. 93; Rengeling, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 74 Nr. 11, Rdnr. 25.

206) Zur Frage, ob der Klammerzusatz eine abschließende oder nur eine beispielhafte Aufzählung enthält s. einerseits Maunz, a.a.O. (FN 204), Art. 74 Rdnr. 62, andererseits Rengeling, a.a.O. (FN 205), Art. 74 Nr. 11 Rdnr. 15.

giewirtschaft voll ausschöpft oder nicht²⁰⁷, sie bezeichnet jedenfalls nur das Gebiet, das durch den Bundesgesetzgeber regelbar ist, nicht aber was im einzelnen die Energiewirtschaft im Sinn des Art. 74 Nr. 11 GG ausmacht. Daß die konzessionsvertragliche Tätigkeit der Gemeinden mit dem Bereich der Elektrizitätsversorgung in Zusammenhang steht, liegt auf der Hand. Daß dies automatisch eine wirtschaftliche Betätigung darstellen müsse, wäre bereits deswegen eine unzulässige Schlußfolgerung, weil dann überhaupt keine klare Trennung der Kompetenzen des Bundes und der Landesgesetzgebung (z.B. im Bereich des Kommunalrechts) möglich wäre. Es erweist sich damit, daß Art. 74 Nr. 11 GG von seinem Wortlaut her nichts dazu beiträgt, das Wesen der Wirtschaft bzw. dasjenige der "wirtschaftlichen Machtstellung" zu erhellen. Ob "Wirtschaft" überhaupt eindeutig in dem Sinn definiert werden kann, daß sowohl Inhalt als auch Grenzen präzise determiniert sind, erscheint fraglich²⁰⁸.

(2) Immerhin hat das BVerfG den Begriff "Recht der Wirtschaft" mehrfach umschrieben²⁰⁹. Das BVerfG versteht das Recht der Wirtschaft im

207) S. dazu Maunz, a.a.O. (FN 204), Art. 74 Rdnr. 68; Emmerich, a.a.O. (FN 202), S. 461; Püttner, a.a.O. (FN 202), S. 883.

208) So auch Rengeling, a.a.O. (FN 205), Art. 74 Nr. 11 Rdnr. 18.

209) Grundlegend und immer noch richtungsweisend BVerfGE 8, S. 143 ff. - S. 148 f.; s. auch BVerfGE 28, S. 199 ff. - S. 146 ff.; BVerfGE 55, S. 274 ff. - S. 308 f.

Sinn von Art. 74 Nr. 11 GG in einem weiten Sinn dahingehend, daß "alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen" darunterfallen. Das BVerfG rechnet vornehmlich diejenigen Vorschriften zum Recht der Wirtschaft, "die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen"²¹⁰. Auch das BVerfG vermag damit nicht, eine präzise Definition des Rechts der Wirtschaft zu geben. Es hat sich, soweit ersichtlich, auch in anderen Entscheidungen nicht näher zum sachlichen Gehalt der Wirtschaft im Sinn des Art. 74 Nr. 11 GG geäußert, sondern nur von Fall zu Fall festgestellt, ob eine zur Überprüfung gestellte Rechtsvorschrift Art. 74 Nr. 11 GG unterfiel oder nicht. In dem Zusammenhang beansprucht allerdings eine Entscheidung des BVerfG Bedeutung, die zwar den Begriff der Wirtschaft inhaltlich auch nicht weiter festlegt, ihn aber gegenüber anderen, nicht wirtschaftlichen Bereichen abgrenzt. Es handelt sich hierbei um einen Beschluß²¹¹, in dem das BVerfG feststellt, daß das Spielbankenrecht nicht zum Recht der Wirtschaft im Sinn des Art. 74 Nr. 11 GG gehört. Begründet wird dies im wesentlichen damit, daß der Betrieb von Spielbanken zwar auf Gewinn angelegt sei, dieser wirtschaftliche Aspekt aber nicht den Kern des Spielbankenbetriebs erfasse, sondern nur

210) BVerfGE 8, S. 143 ff. - S. 148 f.

211) BVerfGE 28, S. 119 ff.

eine Randerscheinung darstelle. Die Konzessionierung einer Spielbank eröffne keine "Gelegenheit zur wirtschaftlichen Betätigung". Das BVerfG führt weiter aus, daß die Konzessionierung vielmehr "wesentlich und entscheidend bestimmt (wird) durch die öffentliche Aufgabe, das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem ... Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen". Die Argumentation des BVerfG in diesem Beschluß beruht in überzeugender Weise im wesentlichen darauf, daß Handeln in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht als "wirtschaftlich" bezeichnet werden kann. Es erkennt sehr wohl, daß in diesem Zusammenhang auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen können, bewertet diese aber nicht entscheidend, sondern stellt maßgeblich auf den Schwerpunkt des Gegenstands, nämlich die Verfolgung der öffentlichen Aufgabe ab.

(3) Aus dieser zutreffenden Sicht der Betrachtung ergibt sich für die Zuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Nr. 16 GG für das GWB folgendes: Der Bundesgesetzgeber war gemäß Art. 74 Nr. 16 GG nur befugt, den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zu regeln. Die Reglementierung nichtwirtschaftlicher Macht unterfällt damit von vornherein nicht seiner Zuständigkeit. Nichtwirtschaftliche Macht bzw. nichtwirtschaftliches Handeln in diesem Sinne liegt dann vor, wenn die öffentliche Hand

schwerpunktmäßig in Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig wird. Daß dabei möglicherweise auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mitbetroffen sind, ist solange ohne Belang, als dies nicht qualitativ in den Vordergrund tritt, sondern bloße Nebenerscheinung bleibt²¹².

(4) Für den Anwendungsbereich des GWB ergibt sich damit bei einer verfassungskonformen Auslegung, daß dieses die konzessionsvertragliche Tätigkeit der Gemeinden nicht mitumfaßt, weil dem Bundesgesetzgeber insoweit weder eine Zuständigkeit aus Art. 74 Nr. 16 GG noch aus Art. 74 Nr. 11 GG verliehen ist. Die Gemeinden handeln nämlich insoweit nicht in Ausübung wirtschaftlicher Macht, sie nehmen weder aufgrund autonomer Entschließungsfreiheit noch aufgrund eigennütziger Zweckverfolgung am Markt teil. Sie bedienen sich der Konzessionsverträge zur Indienstnahme von Unternehmen für die Versorgung ihres Gebiets mit Energie, um dadurch ihrer Aufgabe zur Regelung der Energieversorgung nachzukommen. Sie werden insoweit nicht als Teilnehmer am Markt tätig, sondern in ihrer Eigenschaft als kommunale öffentliche Verwaltung. Mag diese Rechtsstellung auch wirtschaftliche Auswirkungen haben, handelt es sich dabei aber doch nicht um eine wirtschaftliche, sondern um eine öffentliche Rechtsstellung. Bei der gemeindlichen Entschliebung, die

212) So auch Fröhler, Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für ein Verbot des Werbefernsehens durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, S. 14. Noch weitergehend der Stern, Kommunalwirtschaft und Verfassungsrecht, S. 26, der Art. 74 Nr. 16 GG nur auf die Verhütung privater wirtschaftlicher Macht bezieht.

örtliche Energieversorgung einem Dritten zu übertragen, handelt es sich um einen Vorgang, der materiell im Bereich des Kommunalrechts angesiedelt ist. Zur Regelung kommunalrechtlicher Angelegenheiten ist aber nur der Landesgesetzgeber zuständig, eine Kompetenz des Bundes in diesem Bereich besteht nicht.

6. Folgerungen für die Anwendbarkeit des GWB

Für die konzessionsvertragliche Rechtsstellung der Gemeinden ergeben sich im Hinblick auf die Anwendbarkeit des GWB folgende Ergebnisse:

- a) Der Abschluß eines Konzessionsvertrags durch eine Gemeinde ist im Verhältnis zu dem dadurch begünstigten Versorgungsunternehmen keine unternehmerische Leistung im Sinne des GWB. Die Gemeinde betätigt sich hier vielmehr als Teil der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung in Ausübung des ihr zustehenden Rechts zur Regelung der Energieversorgung ihres Gebiets als Bestandteil der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie. Die exklusive Stellung, die das zur Versorgung berechnigte Unternehmen durch den Konzessionsvertrag erhält, entspringt damit nicht einem unternehmerischen Verhalten der Gemeinde. Diese unterfällt deshalb nicht den Reglementierungen der §§ 1, 18 GWB. Einer kartellrechtlichen Freistellung der Gemeinden, wie sie in § 103 Abs. 1 GWB erfolgt ist, hätte es also nicht bedurft. Die Vorschrift des § 103 Abs. 1 GWB läuft damit aber nicht leer. Sie besitzt lediglich keinen spezifi-

schen Regelungsgehalt in bezug auf den Abschluß eines Konzessionsvertrags durch eine Gemeinde. Die Funktion des § 103 GWB knüpft vielmehr daran an, daß dem an einem Konzessionsvertrag beteiligten Versorgungsunternehmen eine beherrschende Stellung am Markt vermittelt wird, die zu verhindern in sonstigen Bereichen der Wirtschaft ein Grundanliegen des GWB darstellt. Der spezifische Regelungsgehalt des § 103 Abs. 1 GWB ist in dieser Hinsicht darin zu sehen, daß im Zusammenspiel von § 103 Abs. 1 und Abs. 5 GWB für die Kartellbehörden die Möglichkeit bereitgestellt wird, die konzessionsvertraglich begründete Machtstellung der Energieversorgungsunternehmen im Hinblick auf mißbräuchliches Verhalten, d.h. ein solches, das nicht von der Freistellung des § 103 Abs. 1 GWB gedeckt ist, zu überwachen²¹³.

- b) Auch die Übernahme der örtlichen Energieversorgung durch eine Gemeinde in eigener Regie nach ordnungsgemäßer Kündigung bzw. nach Ablauf eines Konzessionsvertrags stellt keinen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt dar. Die Gemeinde macht dabei lediglich von der ihr zustehenden Kompetenz, die Energieversorgung ihres Gebiets zu regeln, in einer gegenüber der vorherigen Fremdversorgung andersartigen Weise Gebrauch; an der rechtlichen Einordnung des gemeindlichen Handelns ändert dies nichts. Es liegt auch hier ein Organisationsakt im Bereich der Leistungsverwaltung vor, der nicht dem Anwendungsbereich des GWB unterfällt. Deshalb scheiden Ansprüche auf Nichtkündigung des

213) Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 175; Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff. - S. 260.

Konzessionsvertrags bzw. auf Vertragsverlängerung oder Neuabschluß des nicht mehr berechtigten Versorgungsunternehmens gegen die Gemeinde aus § 26 Abs. 2 GWB wegen unbilliger Behinderung oder Ansprüche aufgrund § 22 Abs. 4 wegen Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung von vorneherein aus²¹⁴. Solche Ansprüche können sich zugunsten des Energieversorgungsunternehmens auch nicht aus § 1 UWG ergeben²¹⁵.

- c) Auch in dem Fall, daß eine Gemeinde nach Beendigung eines Konzessionsvertrags ein anderes Unternehmen als dasjenige, das bisher zur Versorgung berechtigt war, mit der Versorgungsaufgabe betrauen möchte, ist die Gemeinde nicht an die Vorschriften des GWB gebunden. Es können auch hier in ganz grundsätzlicher Weise keine Ansprüche des übergangenen Versorgungsunternehmens aus § 26 Abs. 2 GWB oder aufgrund von § 22 Abs. 4 GWB entstehen, weil die Indienstnahme eines neuen Energieversorgungsunternehmens aus den bekannten Gründen keine unternehmerische Betätigung der Gemeinde darstellt. Ein Anspruch läßt sich auch nicht in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH²¹⁶ daraus herleiten, daß man eine neben einer nicht dem GWB unterfallenden Leistungsbeziehung im Verhältnis von Gemeinde zu neuem Energieversorgungsunternehmen eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsbeziehung im Verhältnis von Gemeinde zu ehemals zur Versorgung berechtigten Unternehmen stellt. Eine solche Betrachtungsweise widerspräche der erforderlichen Einheit

214) A.A. Scholz, a.a.O. (FN 194), S. 97 ff.

215) S. oben S. 195 ff.

216) S. dazu oben S. 181 ff.

des Konzessionsvertragsverhältnisses und käme in elementaren Widerspruch zu der prinzipiell unbeschränkten Möglichkeit der Ausübung der gemeindlichen Energieversorgungskompetenz.

- d) In straßenrechtlicher Hinsicht stellt sich der Privatrechtsvorbehalt des § 8 Abs. 10 BFStrG bzw. der entsprechenden Vorschriften der Länder als das entscheidende Hindernis für eine dogmatisch saubere Einordnung der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung in das öffentliche Straßenrecht dar. Wie bereits erwähnt, wird nur eine Auffassung, die die öffentlichen Straßen als eine sächliche Verwaltungsleistung begreift, deren Funktion im Gefüge der Leistungsverwaltung gerecht. Die überkommene Vorstellung, daß jede Straßenbenutzung außerhalb des Gemeingebrauchs eine Inanspruchnahme des bürgerlich-rechtlichen Straßeneigentums sei, ist dazu nicht in der Lage. Die damit gebotene umfassende Publizizierung des straßenrechtlichen Benutzungstitels für Versorgungsleitungen begegnet aus kartellrechtlicher Sicht keinen Bedenken, wie auch das Kartellrecht nicht zu einer Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage zwingt²¹⁷. Dies ergibt sich daraus, daß die kartellrechtliche Beurteilung der Konzessionsverträge nicht an die Einräumung von Rechten zur Mitbenutzung des Straßenraums anknüpft. Wie bereits dargestellt, ist die Gestattung zur Mitbenutzung des Straßenraums lediglich der benutzungsrechtliche Vollzug der gemeindlichen Entscheidung, die Energieversorgung ihres Gebiets nicht selbst in Form einer gemeind-

217) Bartlsperger, a.a.O. (FN 213), S. 259.

lichen öffentlichen Einrichtung wahrzunehmen, sondern im Wege eines Konzessionsvertrags einem dritten Unternehmen zu übertragen. Die Publizizierung des straßenrechtlichen Sondernutzungsrechts wäre in dieser Hinsicht eher geeignet, die dienende Funktion der öffentlichen Straßen im Hinblick auf gemeindliche Organisationsentscheidungen im Bereich der Energieversorgung zu verdeutlichen. Die öffentlichrechtliche Form der Erteilung eines straßenrechtlichen Benutzungstitels ist aber für die marktbeherrschende Stellung, die das zur Versorgung berechnigte Unternehmen durch die konzessionsvertragliche Übertragung des Versorgungsrechts erhält, irrelevant. Die Rechtslage bei der Publizizierung des Sondernutzungsrechts unterschiede sich hinsichtlich der Möglichkeit einer kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht über die Energieversorgungsunternehmen deshalb nicht von der jetzt bestehenden Rechtslage. Auch auf gemeindlicher Seite würde die Einräumung eines Straßenbenutzungsrechts in öffentlichrechtlicher Form keine Veränderung in kartellrechtlicher Sicht bewirken. Die Gemeinden unterfallen bei der hier vertretenen Auffassung bereits nach der geltenden Rechtslage in konzessionsvertraglicher Hinsicht nicht dem GWB. Dies muß im Fall einer Publizizierung der straßenrechtlichen Benutzungsregelungen nur um so mehr gelten.

Zusammenfassung

Der Abschluß von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen durch Gemeinden stellt keinen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geregelten oder regelbaren Sachverhalt dar. Gleiches gilt, wenn eine Gemeinde nach Ablauf eines Konzessionsvertrags diesen nicht verlängern, sondern ein anderes Versorgungsunternehmen beauftragen oder selbst die Energieversorgung durchführen will.

Die Kompetenz der Gemeinden zu einer umfassenden Regelung der unmittelbaren öffentlichen Energieversorgung ihres Gebiets liegt im grundgesetzlichen Auftrag zur Sozialstaatlichkeit und im Recht auf kommunale Selbstverwaltung begründet. Ob die Gemeinde eine Eigenversorgung durchführt oder ein Unternehmen für die örtliche Energieversorgung durch Abschluß eines Konzessionsvertrags in Dienst genommen werden soll, ist eine Entscheidung, die sich nach außerwirtschaftlichen Maßstäben beurteilt. Maßgeblich dafür ist, wie eine dauernde und ungestörte Versorgung der Bevölkerung mit Energie zu sozial gerechtfertigten Bedingungen am besten erreicht werden kann. Bei der Übertragung des Energieversorgungsrechts und konzessionsvertraglicher Indienstnahme eines Energieversorgungsunternehmens für die örtliche Energieversorgung handelt es sich damit nicht um einen Akt der gemeindlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr und eine unternehmerische Betätigung im Sinne des GWB, sondern um gemeindliche öffentliche Verwaltungstätigkeit.

Soweit Vereinbarungen im Sinn des § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB, an denen Gemeinden im Rahmen von Konzessionsverträgen beteiligt sind, durch § 103 Abs. 1 GWB von der Anwendung der §§ 1, 15, 18 GWB freigestellt sind, kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, die Gemeinden seien Unternehmen im Sinn dieser Vorschriften. Die Unternehmenseigenschaft der Gemeinden läßt sich ebensowenig aus der entgeltlichen Einräumung von Mitbenutzungsrechten an den gemeindlichen öffentlichen Straßen zur Verlegung von Energieversorgungsleitungen herleiten. Es handelt sich dabei lediglich um den benutzungsrechtlichen Vollzug der gemeindlichen Verwaltungsentscheidung, ein drittes Unternehmen für die örtliche Versorgung in Dienst zu nehmen. Eine eigenständige kartellrechtliche Bedeutung kann dem nicht beigemessen werden.

Insgesamt handelt es sich beim Abschluß von Konzessionsverträgen von Gemeinden um einen Gegenstand des Kommunalrechts mit wirtschaftlichen Begleitaspekten, der als solcher in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt und deshalb durch das bundesrechtliche Wettbewerbsrecht nicht regelbar ist.

Lebenslauf

Am 26. Juni 1952 wurde ich, Reinhold Georg Schmidt, als erstes Kind des Verwaltungsangestellten Georg Schmidt und dessen Ehefrau Lore, geb. Schütze, in Nürnberg geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule trat ich in das Willstätter Gymnasium Nürnberg ein. Dort legte ich im Jahre 1971 die Reifeprüfung ab.

Vom Wintersemester 1971 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Im Herbst 1976 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab.

Von Januar bis Dezember 1977 war ich wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Im Februar 1977 wurde ich zum Rechtsreferendar ernannt. Nach zweijährigem Referendardienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg legte ich die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit Oktober 1980 bin ich Akademischer Rat am Lehrstuhl von Professor Dr. Richard Bartlsperger, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Friedrich-Alexander-Universität.

Von Oktober 1982 bis November 1984 führte ich die Rechtsberatung für Studierende beim Studentenwerk Erlangen-Nürnberg durch.

